

Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho



“LA INTERVENCIÓN DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS COMO GARANTÍA EFICAZ PARA EL RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES. PERÚ 2000-2019”

Tesis presentada por la Bachiller:

Aguirre Gallegos Vanessa Fiorella

Para optar por el Título Profesional de:

Abogada

Asesor

Mg. Manrique Linares Ángel María

Arequipa – Perú

2019

DE : Juan Carlos Valdivia Cano
Docente de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

PARA : Dr. Gabriel Torreblanca Lazo
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

ASUNTO : *Dictamen borrador de tesis*
Bachiller Vanessa Fiorella Aguirre Gallegos

Recibido el borrador de tesis de la Bachiller Vanessa Fiorella Aguirre Gallegos, cuyo enunciado es:
"La intervención del control constitucional en materia de políticas públicas como garantía eficaz para el reconocimiento de derecho fundamentales. Perú 2000-2019",

Informo lo siguiente:

- Los objetivos trazados siguen una línea de desarrollo acorde con el problema plantado.
- Las conclusiones guarda relación con los objetivos trazados, permitiendo advertir coherencia en el trabajo realizado.
- Advertimos originalidad y relevancia en el tema elegido.

Por las consideraciones antes anotadas, se de la opinión que el Borrador de tesis se encuentra listo para ser sustentado, salvo mejor parecer.

Arequipa, 26 de agosto de 2019



Juan Carlos Valdivia Cano

Docente



A los seres humanos que más quiero, mi mamá y papá.

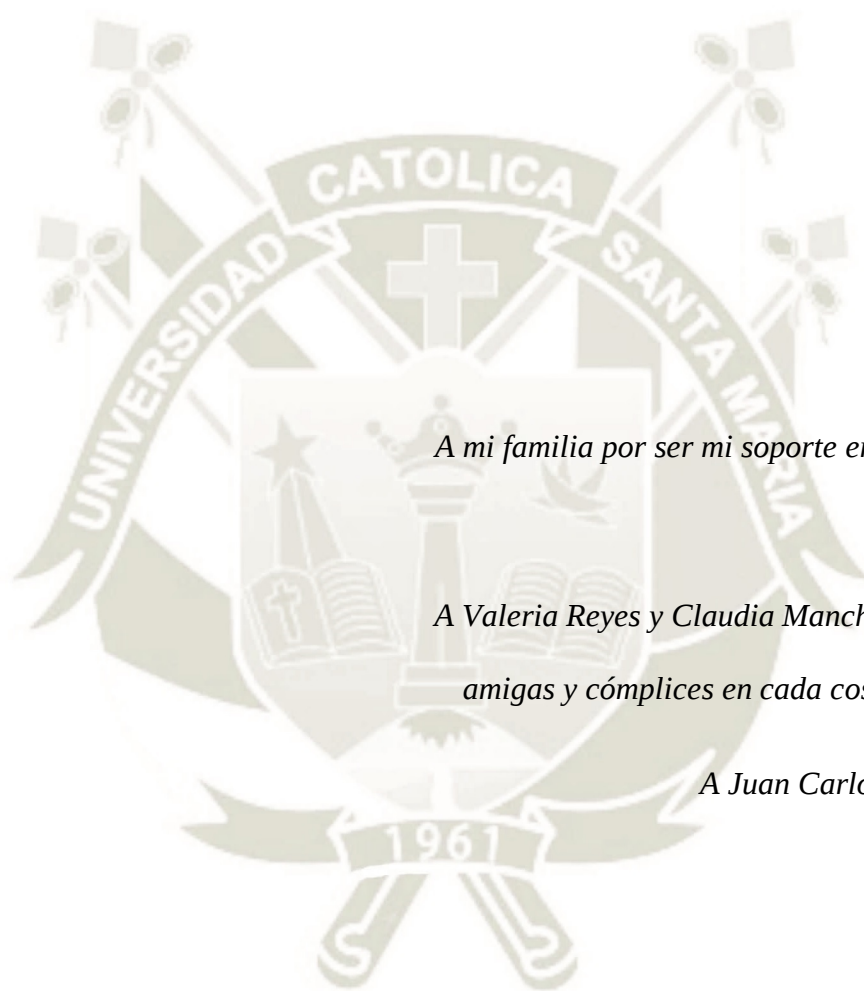
Al ser no humano, mi compañera eterna, Tori.



*“Sigues de pie, tal vez soñando con un Perú glorioso,
con dignidad y orgullo, con su antigua grandeza,
dictando modos de vivir al hombre sin egoísmo y sin
rencor”.*

Magda Portal

AGRADECIMIENTOS



A mi familia por ser mi soporte emocional y apoyo incondicional.

A Valeria Reyes y Claudia Manchego, mis mejores amigas y cómplices en cada cosa que emprendo.

A Juan Carlos Valdivia Cano.

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

El Tribunal Constitucional del Perú ha llegado a ser considerado como un “actor político” en la creación de materia de políticas públicas con los fundamentos esbozados en la sentencia recaída en los Expedientes N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC – caso *Ley Universitaria*; así, sostiene como legítima dicha participación (en las políticas públicas) por cuanto dentro de las funciones constitucionales otorgadas, se encuentra la defensa y garantía de la Constitución y de los derechos fundamentales. De esta manera, el máximo intérprete de nuestra Carta Magna, fundó dicho razonamiento en la presencia de la constitucionalización – tanto del derecho como de la política –, de la desconfianza en el quehacer estatal por parte de la sociedad, la existencia de una labor de integración social a la que debe responder el Tribunal y la enumeración de distintas sentencias en la materia que se habían esbozado con anterioridad al pronunciamiento del caso en mención, dicho sea de paso sin que exista una profundización en cada uno de ellos. Sin embargo, en contra de lo que parecería considerar nuestro ente de interpretación constitucional, no se trataría de una tarea fácil, pues detrás del control constitucional de las políticas públicas, está que la definición de que, las políticas públicas les corresponden a los gobiernos, en ejercicio de su función de gobierno.

En este entendido, la presente investigación buscará analizar el caso Ley Universitaria bajo dos focos o lentes. El primero de ellos referido a aspectos netamente jurídicos y que pretenderán responder si es que la jurisprudencia constitucional puede incidir en materia de políticas públicas de manera legítima, es decir, de acuerdo a los parámetros que contempla nuestra Constitución) y si es que darse ello, existen criterios objetivos que permiten dicha participación y que permiten una contribución efectiva a su proceso. El segundo de ellos referido a aspectos “políticos”, estableciendo cual es el tipo de relación que tienen las políticas públicas con los derechos fundamentales. Finalmente, y acorde con la información recopilada de los puntos anteriores, se realizará un análisis crítico respecto a la posible convergencia de ambos, enfocando el análisis en la presencia – y *legitimación constitucional* – de un enfoque de derechos en las políticas públicas esgrimida por la jurisprudencia constitucional. Cabe resaltar que esta última se encuentra

referida tanto en el ámbito nacional a través del Tribunal Constitucional Peruano e internacional, mediante la mirada a la Suprema Corte de los Estados Unidos y la Corte Constitucional de Colombia).

Palabras clave:

Políticas públicas – derechos fundamentales – Estado Constitucional de Derecho – jurisprudencia constitucional – juez constitucional – actores políticos



ABSTRACT

The Constitutional Court of Peru was recognized as a political actor in the creation of public policy matters with the judgment in Files No. 0014-2014-P1 / TC, 0016-2014-PI / TC, 0019-2014-P1 / TC and 0007-2015-PI / TC - University Law case; on the grounds that such participation is legitimate (in public policies) because, within the constitutional functions granted, is the defense and guarantee of the Constitution and fundamental rights. In this way, the highest interpreter of our Magna Carta, founded this reasoning in the presence of constitutionalization - both of law and politics -, of distrust in the state work by society, the existence of a work of social integration to which the Court must respond and the enumeration of different sentences in the matter that had been outlined prior to the pronouncement of the aforementioned case, by the way without a deepening in each of them. However, contrary to what our constitutional interpretation body would seem to consider, it would not be an easy task, because behind the constitutional control of public policies, is that the definition that, public policies correspond to governments, in the exercise of its government function.

In this understanding, this research will seek to analyze the University Law case under two focuses or lenses. The first one refers to aspects that are purely legal and that will seek to respond if the constitutional jurisprudence can influence public policy matters in a legitimate way, that is, according to the parameters contemplated in our Constitution) and if that is the case, There are objective criteria that allow such participation and that allow an effective contribution to your process. The second of them referred to "political" aspects, establishing the type of relationship that public policies have with fundamental rights. Finally, and in accordance with the information collected from the previous points, a critical analysis will be carried out regarding the possible convergence of both, focusing the analysis on the presence - and constitutional legitimation - of a rights approach in public policies wielded by jurisprudence constitutional. It should be noted that the latter is referred to both nationally through the Peruvian and International Constitutional Court, by looking at the Supreme Court of the United States and the Constitutional Court of Colombia).

Keywords:

Public policies - fundamental rights - Constitutional State of Law - constitutional jurisprudence - constitutional judge - political actors



RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

El presente trabajo de investigación está dividido en cuatro capítulos generales. El primero de ellos, busca analizar la estructura contemporánea del Estado Constitucional de Derecho y la importancia que gozan tanto los derechos fundamentales como el Tribunal Constitucional. Al respecto se tiene que, **i)** los derechos fundamentales guardan una estrecha y directa relación con el Estado Constitucional de Derecho, ocupando con más fuerza el eje central de toda actuación pública; **ii)** el neoconstitucionalismo actual ha superado los alcances tradicionales de los elementos de este tipo de Estado, pasando hacia una revalorización en el contenido y **iii)** con lo mencionado, posibilitando la legitimación democrática del juez constitucional acorde a una función gubernativa dentro de su ya reconocida naturaleza política (aun cuando la posición contramayoritaria es de su no intervención).

Seguidamente, en el acápite segundo, se observó el planteamiento teórico respecto a la dimensión jurídica y constitucional que tienen las políticas públicas; obteniendo como resultado que a la luz de la creciente incidencia que ha tenido la doctrina (analizada en el apartado anterior) y la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la acción pública existe un punto de conciliación entre los derechos y las políticas públicas, siendo este el enfoque de derechos en los mencionados instrumentos.

En este entendido y a través de la unión de ambos puntos indicados anteriormente, aparece el capítulo tercero, en donde se buscó responder a la interrogante referida a la efectiva actuación del juez constitucional. Así, el saldo fue que **i)** la jurisprudencia constitucional buscó – y busca – consolidar el reconocimiento y garantía en el ejercicio de los derechos fundamentales. Bajo este contexto, se erige en estos aspectos, no siendo la excepción a la regla su igual pronunciamiento sobre espacios políticos que son traducidos en las políticas públicas. Así, vemos que los fallos que se emiten no gozan de un grado “pasivo” al sugerir u orientar, sino que también lo hacen activamente al estructurar, delinear y hasta crear políticas públicas (a través de la aplicación del enfoque de derechos en las políticas públicas antes mencionado); **ii)** Aun tomando en consideración lo anterior, su permisibilidad debe ser cuidadosamente revisada a fin se evite cualquier extralimitación

de sus facultades y con ello, no solo la vulneración de otros derechos sino también menoscabar principios democrático constitucionales.

Finalmente, el cuarto capítulo, subdivido en dos partes, pretendió prestar atención a fallos emitidos en materia de políticas públicas tanto por el derecho comparado como interno. En este sentido, el primer sub capítulo analizó el rol de la Suprema Corte de los Estados Unidos y la Corte Constitucional de Colombia, obteniendo en suma que mientras la Suprema Corte cumple un rol más pasivo en cuanto estima su pertinencia en la concurrencia de requisitos que sugieren la presencia de la doctrina cuestiones políticas y se abstiene de pronunciarse (observados en las sentencias de los casos *Marbury v. Madison* del año 1870, *Baker v. Carr* del año 1962 y *Zivotofsky v. Clinton* del año 2012); la Corte Constitucional de Colombia desempeña un rol mas activo en tanto su intervención responde a la concepción que tienen sus jueces respecto a la importancia de la labor que desempeñan para la implementación de la Constitución mediante una interpretación amplia de los derechos de acuerdo a su propio modelo de Estado. De esta forma, su Corte ha desarrollado a través de su jurisprudencia indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas y requisitos mínimos de racionalidad de las políticas públicas levantándose un auténtico enfoque de derechos en las políticas públicas promovido por su Corte (como se ha dilucidado en las sentencias T-595 de 2002 y T-025 de 2004) un auténtico enfoque de derechos en las políticas públicas promovido por su Corte. El segundo sub capítulo analiza el rol del Tribunal Constitucional y demuestra que, el mismo aún no se ha definido. En este sentido, mientras que a través del análisis de la sentencia matriz (caso Ley Universitaria) se esboza una participación activa en cuanto a su participación dentro del marco del enfoque de derechos; no percibimos lo mismo cuando le damos un vistazo a su participación en la política pública de salud contenida en los Expedientes N° 03228-2012-AA y N° 00033-2010-PI, convirtiéndose en un ente casi de carácter residual pues limita su propia participación a aspectos específicos. Demostrando con ello que, no existe un criterio uniforme sobre la posición del Tribunal Constitucional para su participación en materia de políticas públicas.

ÍNDICE

RESUMEN DE LA INVESTIGACIÓN

ABSTRACT

RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

INTRODUCCION

CAPITULO I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, LOS DERECHOS

FUNDAMENTALES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 1

1. El Estado Constitucional de Derecho y los derechos fundamentales 1

1.1 Aspectos histórico generales 1

1.2 El Estado Constitucional de Derecho como nuevo paradigma de desarrollo 4

2. El rol de la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional Peruano..... 10

2.1 Aspectos generales 10

CAPITULO II. LAS POLITICAS PUBLICAS EN EL PERU 18

2.1. Aspectos generales 18

CAPITULO III. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO ACTOR EN MATERIA DE
POLITICAS PÚBLICAS 42

CAPITULO IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y POLITICAS PÚBLICAS. UN
ANALISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL 48

SUBCAPITULO I. EL ROL DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN EL
DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE POLITICAS PUBLICAS 48

1. El rol de la Suprema Corte de Estados Unidos en materia de políticas
públicas. 48

2. El rol de la Corte Constitucional de Colombia en materia de políticas
públicas. 51

SUBCAPITULO II. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN
MATERIA DE POLITICAS PUBLICAS 56

1. La política educativa referida al sector universitario. Caso Ley Universitaria
(Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-
2015-PI/TC) 56

1.1 Estado de la cuestión 57

1.2 Naturaleza del derecho vulnerado.....	58
1.3 Análisis del Tribunal Constitucional en materia de políticas públicas: Política pública educativa	60
1.4 Observaciones	62
2. El Tribunal Constitucional Peruano en la política de salud. Análisis de los expedientes N° 0033-2010-PI/TC Y N° 03228 2012-PA/TC	69
2.1 Estado de la cuestión.....	69
2.2 Naturaleza del derecho vulnerado.....	70
2.3 Análisis del Tribunal Constitucional en materia de políticas públicas: Política pública de la salud.....	71
2.3.1 Expediente N° 00333-2010-PI/TC	71
2.3.2 Expediente N° 03228 2012-PA/TC	73
2.4 Observaciones	75
CONCLUSIONES	79
PROPUESTA DE MEJORA	83
BIBLIOGRAFIA	85
JURISPRUDENCIA.....	92
ANEXO	95

INTRODUCCIÓN

El Estado peruano no es hoy en día suficientemente efectivo administrativa, jurídica y financieramente para garantizar los derechos fundamentales de las personas. Así, el déficit en la elaboración, implementación, ejecución y evaluación de políticas públicas representan un real peligro para la defensa de los derechos fundamentales, así como para el propio sistema democrático. En este escenario, el juez constitucional peruano – *a través del Tribunal Constitucional* – se ha visto obligado a participar, mediante su jurisprudencia, en acciones atribuidas únicamente al poder político.

En este marco, según el sistema constitucional peruano *¿Quién debe elaborar, implementar, ejecutar y evaluar las políticas públicas?* Los artículos 118 de la Constitución Política y 6 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo son expresos al otorgar la exclusiva competencia del desarrollo de la política general de gobierno y consiguientes políticas nacionales y sectoriales al Poder Ejecutivo. Por otra parte, desde la doctrina se considera que, esta competencia exclusiva crea una suerte de espacio “exento de control judicial”, siendo principalmente defendida por los alcances que propone la teoría de las “cuestiones políticas no justiciables” y que, encuentra uno de sus principales fundamentos en el respeto y salvaguarda del principio de separación de poderes que gozan los Estados.

En ese marco, cabe preguntarnos si existe la posibilidad de que los jueces constitucionales (mediante el Tribunal Constitucional) actúen, dentro de la competencia jurisdiccional que le es otorgada por el ordenamiento constitucional en la elaboración de políticas públicas. En otras palabras, que participen en espacios inicialmente exentos de control y que le son atribuidos exclusivamente al Poder Ejecutivo. Además, de ser el caso, de qué forma podrían aportar. Sobre estos cuestionamientos se desarrollará la presente tesis.

El desarrollo de la presente investigación será dividido en cuatro capítulos, el primero de ellos estará abocado a revisar el marco conceptual contemporáneo del Estado Constitucional de Derecho y el rol que tiene el Tribunal Constitucional en el mismo, el segundo revisará qué es lo que comprenden las políticas públicas y los fenómenos actuales a los que se ven sujetas, seguidamente se desarrollará la actuación propiamente dicha del juez constitucional como actor en materia de políticas públicas, para, por último,

analizar la jurisprudencia tanto a nivel de derecho comparado como interno, que se constituye como marco de acción del juez constitucional en políticas públicas, esto en los países de Estados Unidos y Colombia (por ser los países pioneros en el tema) y en el caso peruano, revisando jurisprudencia sobre derechos a la educación y salud.



CAPITULO I. EL ESTADO CONSTITUCIONAL, LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La existencia de una correcta separación de las funciones de los poderes del Estado permite la existencia de un sistema de controles y equilibrios que limita las facultades de cada uno y asegura la protección de derechos individuales. Sin embargo, esta separación de poderes se flexibiliza cada día más. En este entendido *¿Puede verse matizada sin afectar el correcto orden que presupone nuestra estructura constitucional?* El presente apartado se abocará a analizar la estructura contemporánea del Estado Constitucional de Derecho, la importancia que tienen los derechos fundamentales en ella y el rol que desempeña nuestro Tribunal en dicho marco como órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad. De esta forma, dentro del primer capítulo, en el primer apartado, se analizarán los aspectos histórico generales del Estado Constitucional de Derecho ya que es a partir de un análisis del mismo que se viabilizará la importancia de los derechos fundamentales en la actuación estatal. Así, el segundo apartado lo expondrá (al Estado Constitucional) como nuevo paradigma bajo los alcances que comprende la segunda corriente del neoconstitucionalismo y que responde al valor democrático en la creación de las leyes y que para nuestro caso también implican a las políticas públicas.

1. El Estado Constitucional de Derecho y los derechos fundamentales

1.1 Aspectos histórico generales

Tanto la noción de “derechos fundamentales” como la de “Estado Constitucional de Derecho” han tenido un desarrollo evolutivo de acuerdo al contexto sociohistórico influyente de manera conjunta – *aunque no pareja, su constante ha sido en la lucha por “centralizar” a la persona humana* – existiendo una relación casi simbiótica entre ambos¹. Resulta necesario abordar esta evolución pues es a partir de la misma que podemos demostrar la trayectoria “de menos a más” que han tenido los derechos fundamentales como eje central de toda actuación pública de la mano con el marco del modelo de Estado que en el

¹ Witker Velásquez, Jorge. Juicios orales y derechos humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. pp 29 Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>

transcurso del tiempo ha ido existiendo. En este sentido, una división clásica del Estado Moderno puede identificar los siguientes modelos:

El Estado absoluto

Benjamín Gonzales Alonso²., señala que la organización absolutista fue la heredera de la cosmovisión del “*Antiguo Régimen*”. Para este último, los hombres no eran iguales entre sí y por lo tanto debían ocupar diferentes lugares en la sociedad, siendo ello parte de lo que la “*naturaleza*” había aportado por sí misma. De esta manera, lo anterior era “*natural*” porque así Dios lo había querido de acuerdo a sus planes a favor del cosmos. Es así, que este modelo tiene como elementos principales **i)** el origen del poder es divino (Dios le entrega el poder a la autoridad), **ii)** el poder es soberano (es decir indivisible y autónomo en función a una única autoridad que reúne todo el poder político. Es decir, hay una titularidad monárquica de la soberanía) y **iii)** el poder es concentrado e indiviso (el poder no puede ser fragmentado, tiene que ser comprendido como un bloque compacto y esférico).

Bajo este contexto, en este modelo de Estado **las personas no gozaban de derechos sino únicamente de privilegios**³, la sociedad estructuró como base la desigualdad ante el Derecho, la misma que en el “*Antiguo Régimen*” se convirtió en criterio por excelencia de estratificación, diferenciación y jerarquización social. **El Derecho**, como bien refiere Gonzales Alonso, **creaba entonces las diferencias sociales, las consagraba, las ratificaba y reproducía sin cesar a través del privilegio.**⁴

El Estado de Derecho o Estado Legal de Derecho

² Gonzáles Alonso, Benjamín. Del Estado absoluto al Estado constitucional. Página 84. Recuperado de: <https://www.raco.cat/index.php/Manuscrits/article/viewFile/23111/92359>

³ Ávila Santamaría, Ramiro. Del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México. Página 777. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/3900-3454-1-PB.pdf>

⁴ Ávila Santamaría, Ramiro. Del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derechos y justicia. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad nacional Autónoma de México. Página 777. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/3900-3454-1-PB.pdf>

Elías Díaz en su libro *“Estado de derecho y sociedad democrática”* señalaba muy acertadamente que *“No todo Estado de Derecho es Estado”*⁵. Para el mencionado doctrinario, el Estado de Derecho no debía ser comprendido como un equivalente a la existencia de legalidad⁶, sino que exigía incorporar criterios de legitimidad en la organización del poder (pues tenía que surgir como una garantía frente al abuso de poder) y los derechos fundamentales (como límites a la actuación del Estado).

Desde esta perspectiva, consideraba que las características mínimas que tendría que poseer este modelo de Estado eran⁷: **i)** El imperio de la Ley (como expresión de la voluntad general), **ii)** División de poderes (Ejecutivo, Legislativo y Judicial), **iii)** Legalidad en la Administración (actuación sobre la ley y suficiente control judicial) y **iv)** Derechos y libertades fundamentales (como garantía y efectiva realización material).

Así, el ejecutivo solo podía crear su marco de acción sobre lo establecido en la Ley, y el judicial actuando de acuerdo a ella⁸. De esta manera, **la Ley era el único instrumento para definir cuáles son los derechos**, las competencias de las autoridades y las garantías. En este entendido, este modelo de Estado se orientó por garantizar **derechos y libertades civiles y políticas, sin respetar necesariamente las condiciones de vida de los ciudadanos de cada país.**

Sin embargo, como bien cuestiona Jorge Witker ¿Cómo puede concebirse suficiente el votar, elegir, ser elegido, pensar, reunirse si no se tiene una vida, vivienda, salud, educación o trabajo digno?⁹ No cabe duda que los movimientos

⁵ Díaz, Elías (1975), *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, Madrid. Página 13

⁶ Según Ramiro Ávila Santamaría, el Estado de Derecho se originó como resultado de una lucha de poderes entre la burguesía (al ostentar el poder económico) y la aristocracia (que ejercía el poder político), en la que el modelo que finalmente venció fue el burgués. La burguesía a través de la idea de ciudadanía y de la representación, colmó el parlamento, limitó al ejecutivo y controló al judicial gracias al principio de legalidad. Esto es conocido como democracia directa, la misma que para algunos autores actúa como una especie de primera fase dentro del desarrollo del Estado de Derecho. (Montevideo, 2009)

⁷ Idem. Página 29

⁸ Este rol al que se encuentra sujeto el juez de acuerdo al Estado de Derecho, puede ser explicado a través de la tesis “Boca de Ley” de Montesquieu. La misma será abordada en el capítulo siguiente.

⁹ Witker Velásquez, Jorge. Juicios orales y derechos humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. pp 32 Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>

sociales a partir de la segunda mitad del siglo XIX no se hicieron esperar, la Revolución mexicana de 1910, la segunda República española de 1931 y la Revolución rusa de 1917 por citar algunos ejemplos, llevaron la voz del pueblo hacia la necesidad de que el Estado debía cubrir también, los llamados Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) ¹⁰. Abriendo así, la puerta al Estado Social de Derecho y con ello al Estado Constitucional de Derecho.

1.2 El Estado Constitucional de Derecho como nuevo paradigma de desarrollo

Bajo este entendido, cualquiera que analice o examine el derecho contemporáneo caerá en cuenta de la inexistencia de una subsunción de la realidad jurídica con los postulados del modelo de Estado de Derecho. Y es que, más que una desviación hacia un camino desconocido, nos encontramos en una etapa superior a aquella que consolidaba al Estado de Derecho, y cuya principal característica es la “de **revaloración de los principios subyacentes a las normas constitucionales**, desde una base epistemológica esencial del derecho contemporáneo actual: **el neoconstitucionalismo**” ¹¹.

De este modo, resulta importantísimo entender al neo constitucionalismo contemporáneo a la luz de nuestros tiempos. Pues tal y como refiere el filósofo del derecho Paolo Comanducci, atrás ya dejamos los primeros estadios del neo constitucionalismo que contemplaba una versión democrática del mismo y que podía ser sintetizado en la idea según la cual “se debe obediencia al derecho independientemente de su contenido, pero sólo si sus procedimientos de formación son democráticos, es decir si las leyes (generales y abstractas) han sido aprobadas por la mayoría” ¹². Vemos entonces, que **el valor del procedimiento democrático** era lo que justifica el deber de obediencia a las leyes aprobadas por mayoría, sin poner mayor atención en su contenido.

¹⁰Pactos Internacionales de 1996. Humanium. 25 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://www.humanium.org/es/pacto-1966/>

¹¹Witker Velásquez, Jorge. Juicios orales y derechos humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. pp 35 Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>

¹²Paolo Comanducci. Estado constitucional de Derecho y democracia. Página 4. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Comanducci..pdf>

Así, para el neo constitucionalismo actual, sólo se le deberá obediencia al derecho “si tiene un determinado contenido, es decir si se conforma a una constitución que tiene a su vez un determinado contenido: una constitución formada por un conjunto de principios, valores y **derechos fundamentales**”¹³. En otras palabras, focalizando la atención hacia aquello que goce de verdadera sustancia.

Dicho lo anterior *¿Cuáles son los alcances del modelo de Estado Constitucional de Derecho?* A efectos de la presente investigación, para responder adecuadamente la interrogante, conviene mencionar los dos principios esenciales en los que se cimentó. Para Lily Ku Yanasupo¹⁴, el Estado Constitucional de Derecho se construye a partir de **i)** la supremacía constitucional y **ii)** La democracia sustancial – *no en un sentido como regla de la mayoría*, corresponde entonces, analizar cada uno de ellos para así dilucidar la importancia de los derechos fundamentales.

La supremacía constitucional

Para este modelo, la Constitución es la norma jurídica suprema del ordenamiento en tanto procede de un poder con alta legitimidad como es el poder constituyente. Asimismo, desde un punto de vista material, es la norma fundamental que otorga los parámetros de validez para las demás. En otras palabras, es el instrumento por excelencia que “determinará el contenido de la ley, el acceso y el ejercicio a la autoridad y la estructura de poder”¹⁵ en base a principios, valores y derechos fundamentales.

Ahora bien, *¿Qué papel juegan los derechos fundamentales en la Constitución de este modelo de Estado?* Para Luigi Ferrajoli, constituyen una pieza fundamental, ya que se les atribuye el papel de ser la justificación primordial del Derecho y del Estado. Desde esta perspectiva, para el jurista “el Estado no es

¹³Idem

¹⁴Ku Yanasupo, Lily (2013) La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de políticas públicas (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú.

¹⁵Witker Velásquez, Jorge. Juicios orales y derechos humanos. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. pp 32 Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>

sino un instrumento de tutela de derechos fundamentales y como tal fundamento imponen fines y objetivos que deben ser realizados”¹⁶

En suma, tal y como refiere Juan Pablo Morales, “los derechos de las personas son, a la vez, límites del poder y vínculos. *Límites* porque ningún poder los puede violentar, aun si proviene de mayorías parlamentarias, y lo que se pretende es minimizar la posibilidad de violación de derechos. Y *vínculos* porque los poderes de los Estados están obligados a efectivizarlos y lo que se procura es la maximización del ejercicio de los derechos”¹⁷.

Enseguida, la supremacía constitucional en un Estado Constitucional de Derecho se solidifica sobre pilares de libertades, siendo estas individuales y colectivas. Las mismas que al ser tuteladas van consolidando garantías fundamentales. De ahí, que los derechos fundamentales sean la perfecta conciliación de las posturas universales de un derecho superior a los hombres y aquel derecho que los mismos hombres producen, pero que se recogen en una norma principal llamada Constitución¹⁸.

La democracia sustancial

Para el desarrollo de este punto, es necesario identificar dos momentos en la historia contemporánea de la democracia. El primero de ellos, referido a un contexto anterior al que estamos viviendo (en el espacio democrático) y el segundo, referido a los alcances de la democracia en nuestros días y su relación – *estrecha* – con el Estado Constitucional de Derecho.

i) La democracia como regla de la mayoría

¹⁶Ferrajoli, Luigi. Derecho y razón ... pp 22

¹⁷Morales, Juan Pablo. Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica. Quito. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Pp90-96

¹⁸Bechara Llanos, Abraham. Estado Constitucional de Derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-EstadoConstitucionalDeDerechoPrincipiosYDerechosFu-5109406.pdf>

En un primer momento encontramos lo contemplado por Norberto Bobbio como *definición mínima de democracia*¹⁹. y que responde al “conjunto de reglas (primarias o fundamentales) que establecen quién está autorizado para tomar las decisiones colectivas y bajo qué procedimientos”²⁰. Para el autor, a partir del concepto brindado se incorpora al “quién” y al cómo”, y con ello la regla fundamental de la democracia, que, según lo desarrollado, era **la regla de la mayoría**, es decir, “la regla con base en la cual se consideran decisiones colectivas y por tanto obligatorias para todo el grupo las decisiones aprobadas al menos por la mayoría de quienes deben de tomar la decisión”²¹.

Y es que, por muchos años, la democracia fue reducida a un procedimiento que privilegiaba a la regla de la mayoría y que era firmemente respetada por los teóricos de la democracia. Con el paso del tiempo y el advenimiento del pensamiento moderno, la regla de la mayoría paso a ser entendida como un simple mecanismo o método mayoritario carente de sentido axiológico. De esta manera, la legitimidad axiológica del mero recuento de votos fue rechazada pues el argumento se reducía a lo cuantitativo, y que en palabras de Sartori “igual voto, iguales derechos, esto se convierte en una situación que genera “mayor derecho”. **Pero los números pueden generar fuerza, pero no legitimidad.** (...) Una mayoría es siempre y únicamente una cantidad, y una cantidad no legitima nada”²²

Ahora bien, si tratamos de llevar la noción de democracia como regla de la mayoría a la existencia de una norma suprema que contempla diferentes bienes y valores jurídicos que dejan de estar a disposición de la voluntad de las mayorías y que además contempla la presencia de un órgano que prevé un control jurisdiccional sobre los actos públicos – *especialmente aquellos emitidos*

¹⁹ Para Norberto Bobbio, “una definición mínima es, precisamente porque es mínima, realista. Una vía, un método. Se denomina habitualmente concepción procedimental de la democracia: pone el acento sobre las llamadas reglas del juego, el conjunto de reglas que deben servir para tomar decisiones colectivas, las decisiones que interesan a toda la colectividad, con el máximo de consenso y el mínimo de violencia”. - Teoría General de la Política, Trotta, Madrid, 2003. pp.459-460.

²⁰Bobbio, Norberto. El futuro de la democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 24.

²¹Ibidem, p. 25

²²Sartori, Giovanni. ¿Qué es la democracia?, op.cit, p. 141

del Legislativo como representante de la población – que restrinjan o vulneren las propias disposiciones de la Carta Magna, nos estaríamos alejando de la idea de una aplicación de la regla de la mayoría, por lo menos en el terreno de lo constitucionalmente permitido. Y es que, este método “no involucra la adopción de aspectos sustantivos en el orden social, económico o axiológico”²³.

Dicho lo anterior, es imposible negar que la democracia se encuentra supeditada a un conjunto de condiciones que no caben en la discusión democrática, creándose una suerte de lucha entre *democracia* y *constitución*. Así, fusionar estos dos conceptos implicaría una contradicción difícil de superar si continuamos en la definición de democracia como regla de la mayoría, pues como Stephen Holmes indicó: "La existencia de una tensión irreconciliable entre constitucionalismo y democracia es uno de los mitos centrales del pensamiento político moderno"²⁴.

ii) La democracia sustancial propiamente dicha

Es en este escenario que el aparato conceptual expuesto no calzaba más en la realidad que reclamaba la sociedad en cuanto al desenvolvimiento de los derechos fundamentales – *y que fue desarrollada en el contexto histórico dentro del apartado anterior* –. Sin embargo, con la aparición del Estado Constitucional de Derecho como estructura se pudo permitir superar tal situación.

Conviene entonces recordar que el marco de acción del modelo de Estado de Derecho tiene como personaje principal la figura del legislador y su voluntad, al igual que el resultado normativo del mismo, la ley y el proceso del que emana decantando como eje primordial la legislación. En contraste, el Estado Constitucional de Derecho trata al legislador como actor secundario, cuya actuación se encuentra sujeta a límites y control, y su papel como representante del pueblo se relativiza para dar paso a la esfera de lo indecible, es decir,

²³Camarillo, Jesús. Regla de la mayoría y democracia constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Página 54. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/1212-4733-1-PB.pdf>

²⁴Holmes, Stephen. "El precompromiso y la paradoja de la democracia", en Elster, Jon y Slagstad, Rune, (comp.), Constitucionalismo y democracia, Fondo de Cultura Económica, México, 2001, p. 219

“aquella porción de decisiones políticas fundamentales que se sustraen del alcance del poder legislativo”²⁵.

En ese escenario, el concepto de democracia pasó de un estadio meramente formal que era concebido como un método para decidir mediante la regla de las mayorías y que se concentraba en el “quién” y “cómo” de las decisiones, para dirigirse y dar paso a una democracia sustancial en la que son “los derechos fundamentales los vínculos tanto *negativos como positivos*”²⁶ impuestos a la democracia constitucional”²⁷

Entendido lo anterior, la democracia ya no es concebida únicamente como mera regla o principio de las mayorías, sino que, “la legitimidad de las instituciones públicas aparece vinculada a la tutela y efectividad de los derechos fundamentales”²⁸. Y es que, acorde con la concepción del Estado Constitucional de Derecho, en el que la pieza fundamental es el respeto a los derechos fundamentales, se permite deslindar la posibilidad de una legitimación democrática del juez constitucional. En definitiva, como refiere Giovanni Sartori, << se debe partir por entender a la democracia como un sistema en el que se busca hacer prevalecer el principio mayoritario, respetando los derechos y la libertad de las minorías, esto significa que la democracia no sólo es “regla de la mayoría” >>²⁹.

²⁵Camarillo, Jesús. Regla de la mayoría y democracia constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Página56. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/1212-4733-1-PB.pdf>

²⁶Para Jesús Camarillo, los vínculos negativos son entendidos como vínculos generados por los derechos de libertad que ningún tipo de mayoría puede restringir o excluir, y los segundos – los vínculos positivos –, concebidos como vínculos relativos a lo que la misma Constitución, en el ámbito de sus prescripciones fundamentales considera como tareas que el legislador debe cumplir, sobre todo, en el ámbito de los derechos sociales. (Regla de la mayoría y democracia constitucional, página 57)

²⁷Camarillo, Jesús. Regla de la mayoría y democracia constitucional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. Página57. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/1212-4733-1-PB.pdf>

²⁸Idem

²⁹Idem

2. El rol de la jurisdicción constitucional. El Tribunal Constitucional Peruano.

2.1 Aspectos generales

Hasta ahora, hemos visto como los distintos aspectos conceptuales que se van desarrollando en la presente investigación son sujetos de una suerte de “evolución” en cuanto a sus alcances en función a los derechos fundamentales. Siendo esto así, hemos analizado al Estado Constitucional de Derecho y a sus principios, siendo estos la supremacía jurídica de la Constitución y la democracia sustancial. Sin embargo, no resultaría lógico que todo ello esté desarrollado “en papel” si no puede ser aplicado en la práctica. De esta forma, y en concordancia con los principios del Estado Constitucional de Derecho como bien reconoce el artículo 201 de nuestra Carta Magna, nace el órgano de control de la Constitución: El Tribunal Constitucional.

De manera rápida, recordar su antecedente inmediato – *el Tribunal de Garantías Constitucionales* –, introducido por la Carta Fundamental de 1979, nos ayudará a comprender en un primer momento una evolución de carácter orgánico por parte de este ente jurídico constitucional. Para Carlos Ramos Núñez, hasta este momento “se había privilegiado únicamente el control político, a cargo ya sea del Congreso o del Consejo de Estado”³⁰. Para el jurista, a partir de su creación, se origina por primera vez una “jurisdicción constitucional”³¹, valga sea la pena mencionar, bajo el control concentrado de la Constitución. Y es que, a partir de este momento, se podían ir dilucidando los pequeños destellos de la presencia de un Estado Constitucional de Derecho.

Acorde con ello, se muestra Víctor García Toma, quien señaló que “La jurisdicción constitucional solo cobra sentido plenario en el seno del Estado Constitucional de Derecho, ya que este último tiene como objetivos verificar la consagración de la seguridad jurídica en la relación entre gobernantes y gobernados; el eliminar

³⁰Ramos, Carlos. La letra de la Ley. Historia de las constituciones en el Perú. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima. 2018. Página 102

³¹Así, Eguiguren Praeli, señala al respecto: La existencia de un sistema de jurisdicción constitucional en el Perú resulta, un suceso relativamente reciente, pues su aparición –con ribetes definidos– recién se produjo con la Constitución de 1979

cualquier rastro de arbitrariedad en el funcionamiento del Estado; el asegurar el sometimiento de este a la Constitución y al orden jurídico derivado de esta; y el velar por la afirmación de los derechos de la persona”³².

En esta línea de ideas, los roles del Tribunal de la Carta de 1993 se incrementan en comparación a los de la Carta de 1979, y cuya función principal es la de controlar y limitar los excesos del poder público sobre la Constitución y sobre aquellos que pretendan vulnerar o amenazar derechos fundamentales, actuando, así como una suerte de guardián constitucional³³. De esta manera, el órgano del 93 es concebido como órgano supremo de interpretación y control de la constitucionalidad³⁴, con goce de autonomía e independencia al no estar sujeto a ningún otro órgano constitucional, sino **únicamente a la Constitución y a su Ley Orgánica**.

Visto lo anterior, *¿Cuál es el rol que tiene el actual Tribunal Constitucional?* Para responder a dicha interrogante conviene analizar la naturaleza del mismo.

Naturaleza del Tribunal Constitucional

Para César Landa, la naturaleza del Tribunal Constitucional no puede ser comprendida rígidamente en cuanto a los límites creados a partir de “las funciones normativas que la Constitución le asigna, ni tampoco tomando como punto de partida solo el régimen jurídico – constitucional que lo regula”³⁵. Esto, porque el neopositivismo constitucional es ya insuficiente para entender su rol en el proceso histórico, social y político. Pero *¿Por qué?* Porque como bien ya desarrollamos, atrás se ha dejado el modelo de Estado en el que imperaba el respeto únicamente por la ley (Estado de Derecho) y aquel que contemplaba al constitucionalismo como una versión democrática del mismo y sin atención al contenido (Estado Constitucional de Derecho en su primera etapa). Y con ello, al positivismo constitucional basado

³²García Toma, Víctor. La jurisdicción constitucional. El modelo peruano. Congreso de la República del Perú. Página 01. Recuperado de: <http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2016/files/materiales-le.pdf>

³³Landa, César. Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Constitucional. Página 03. Recuperado de: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf

³⁴Acerca del Tribunal Constitucional Peruano. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/institucional/acerca/>

³⁵Landa, César. Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Constitucional. Página 03. Recuperado de: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf

únicamente en el texto normativo. Hoy en día la obediencia al derecho solo existe si este irradia contenido a través de una Constitución llena del mismo (formada por principios, valores y derechos fundamentales).

Señalado lo anterior, para el destacado jurista, la naturaleza del Tribunal puede ser caracterizada como:

1) Tribunal Constitucional como órgano constitucional.

Pues reciben de la Constitución todos **los atributos esenciales** de su condición y posición en el sistema constitucional, pero no todos ya que esto no impide que a través de su ley orgánica se puedan incorporar los demás elementos no esenciales o complementarios³⁶. Así, es configurado directamente por la Carta Magna a través de los artículos 201, 202 y 204, deslindándole con ello suma importancia en el ordenamiento. Esto, no podría ser menos si junto a él **i)** se condensan los poderes últimos de decisión del Estado y **ii)** es expresión orgánica no solo de la división de tareas en las diferentes unidades del sistema estatal, sino también y ante todo la idea del Estado proyectada en la Constitución³⁷ (es decir un Estado con autoridades y poderes limitados y con control constitucional y su máximo intérprete: El Tribunal Constitucional).

2) Tribunal Constitucional como órgano jurídico

En la medida que no solo cumple con la función constitucional de asegurar el principio de supremacía de la Constitución, sino también la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales (artículo 2 del Código Procesal Constitucional). Así, el rol activo de constitucionalidad no es ejercido únicamente en su componente negativo sino también positivamente como promotor de derechos fundamentales, al precisar su contenido y estableciendo sus límites a través de la interpretación jurídica de la Constitución³⁸

³⁶Idem.

³⁷GARCÍA PELAYO, Manuel. «El "status" del Tribunal Constitucional». En Revista Española de Derecho Constitucional, N.º 1, Madrid, 1981. pp. 13-14.

³⁸PRIETO SANCHÍS, Luis. Justicia constitucional y derechos fundamentales. Madrid: Trotta, 2003. pp. 217 y ss.; también Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Lima: Palestra Editores, 2002. pp. 45-108

En consecuencia, y en palabras de Javier Díaz Revorio, “es muy difícil sostener frente a una eventual inactividad del legislador, aquel modelo kelseniano puro y simple, en la medida que en la Constitución no sólo existen derechos fundamentales sino también principios constitucionales y valores superiores”³⁹

De esta manera, se cumple un rol jurisdiccional en la medida en que resuelve conflictos y controversias mediante un proceso regular, el mismo que culmina con decisiones que adquieren la autoridad de cosa juzgada y son factibles de ejecución. Todo ello, buscando hacer prevalecer lo expuesto en la Constitución y demás normas del bloque de constitucionalidad.

3) Tribunal Constitucional como órgano político

Finalmente, debemos sumar un aspecto más en cuanto a su naturaleza por su carácter político, en tanto actúa como vocero del poder constituyente. Así, encontramos dos funciones en el rol que buscamos delinear, siendo estas la contralora y la gubernativa.

Rol político como función contralora

Alfonso Santiago señala que la función contralora deviene en “una suerte de “contrapoder” en tanto cautela que las actividades legislativas y las decisiones de gobierno sean compatibles y armoniosas con la Constitución (...)”⁴⁰. De esta forma, la posibilidad que tiene de declarar la inconstitucionalidad ante el actuar de los distintos poderes, habilita su participación en el terreno de la política de Estado, aun cuando la resolución de los conflictos políticos se haga por criterios y métodos jurídicos.

Rol político como función gubernativa

Aunado a lo anterior, el Tribunal apoyará a la consolidación de la gobernabilidad y la gobernanza del Estado, en tanto las decisiones trazan el camino de políticas globales e incentivan la ejecución de acciones concretas destinadas a su verificación en la praxis política. Así, el elemento político se aprecia en “los

³⁹DÍAZ REVORIO, F. Javier. Valores superiores e interpretación constitucional. Madrid: CEC, 1997. p. 354.

⁴⁰Dí Alfonso Santiago. *Los modelos institucionales de la Corte Suprema. Función política de la Corte Suprema*. Aboco. Buenos Aires. 2000. pp 354.

fallos institucionales”⁴¹, en razón a que residual o incidentalmente participan en la conducción general de la marcha del Estado, “(...) **ya que, ante ciertos hechos expresados en un proceso constitucional, delinean, esbozan, e indican el rumbo de las políticas generales y hasta orientan a la adopción de medidas políticas, sociales o económicas concretas en un espacio y un tiempo determinado**”⁴²

2.2 El argumento contramayoritario en el rol de la jurisdicción constitucional en la democracia

Ya dibujado el escenario del rol del Tribunal Constitucional de acuerdo a su naturaleza en sus tres vertientes en nuestro país, no podíamos dejar pasar un punto que resulta muy controversial y que está relacionado con el nuevo paradigma que empiezan a esbozar los jueces constitucionales a través de fallos controversiales, quienes en el intento de cumplir con su labor de control constitucional de las normas, son acusados de desbordar el ámbito jurídico que le es “permitido” y acometer espacios reservados a otros poderes políticos ordinarios que configuran la democracia.

Siguiendo este orden de ideas, revisemos entonces qué es lo que se le ha permitido constitucionalmente. Tenemos así, según la Constitución:

⁴¹Para Alfonso Santiago, los fallos institucionales expresan decisiones trascendentes y relevantes para el cuerpo político, y en donde lo que se determina excede con largueza el mero interés de las partes y que, por ende, se proyecta no solo hacia el presente inmediato, sino que se extiende hacia el futuro comprometido de todos los integrantes de la colectividad.

⁴²García Toma, Víctor. La jurisdicción constitucional. El modelo peruano. Congreso de la República del Perú. Página 03. Recuperado de: <http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2016/files/materiales-le.pdf>

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO ⁴³
Artículo N° 201 El Tribunal Constitucional es el órgano de control de la Constitución. Es autónomo e independiente. (...) Artículo N° 202 Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad. 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data, y acción de cumplimiento. 3. Conocer los conflictos de competencia, o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a ley.

Resulta también interesante revisar su Reglamento:

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL
REGLAMENTO ⁴⁴
Competencia Artículo 5.- Corresponde al Tribunal Constitucional: 1. Conocer, en instancia única, la acción de inconstitucionalidad; 2. Conocer, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de hábeas corpus, amparo, hábeas data y cumplimiento; 3. Conocer los conflictos de competencia o de atribuciones asignadas por la Constitución, conforme a Ley; 4. Resolver las quejas por denegatoria del recurso de agravio constitucional.

⁴³ Constitución Política del Estado Peruano.
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00447.htm/a%C3%B1o174314.htm/mes192851.htm/dia192962.htm/sector193023.htm/sumilla193024.htm?f=templatess\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_R095-2004-P-TC](http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00447.htm/a%C3%B1o174314.htm/mes192851.htm/dia192962.htm/sector193023.htm/sumilla193024.htm?f=templatess$fn=document-frame.htm$3.0#JD_R095-2004-P-TC)

⁴⁴ Reglamento Normativo del Tribunal Constitucional.
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00447.htm/a%C3%B1o174314.htm/mes192851.htm/dia192962.htm/sector193023.htm/sumilla193024.htm?f=templatess\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_R095-2004-P-TC](http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00447.htm/a%C3%B1o174314.htm/mes192851.htm/dia192962.htm/sector193023.htm/sumilla193024.htm?f=templatess$fn=document-frame.htm$3.0#JD_R095-2004-P-TC)

En este sentido, y fundamentado en el espacio de actuación que hacen los distintos cuerpos normativos, el argumento contramayoritario que mayor oposición – *y que para efectos de la investigación conviene observar* – ha tenido últimamente es el “*control judicial*”.

Así, el constitucionalista norteamericano Alexander Bickel pasa a catalogarlo como “una institución anómala y contramayoritaria del sistema democrático norteamericano”⁴⁵ tras la decisión en el caso *Marbury vs. Madison* en 1803 dictada por la Suprema Corte de Estados Unidos y la creación del Tribunal Constitucional de Austria en 1920⁴⁶. Cabe mencionar que esta propuesta cuestionaba “la falta de legitimidad de los jueces constitucionales para inaplicar o invalidar actos legislativos expedidos por un parlamento compuesto de representantes elegidos por la voluntad de la mayoría, en el marco de una democracia”⁴⁷

En esta línea de ideas, el argumento mayoritario encuentra su arista principal entre la tensión entre Constitución y democracia, control constitucional y regla de la mayoría. Sin embargo, como bien ya se desarrolló en párrafos anteriores, estos aspectos conceptuales tiempo atrás ya dejaron de ser considerados como contradictorios entre sí.

Aunado a ello, el control judicial como tal no es que pretenda colocar el trabajo de los jueces constitucionales sobre el de los demás operadores de los demás poderes en los procesos decisionales y de formación de políticas públicas– *como bien creen los detractores de la actuación “excesiva” de los jueces constitucionales* – sino que, por el contrario puede ser asemejado como un “mecanismo de revisión posterior” que trata de alejar al individuo o al grupo social de la buena voluntad política y legislativa (tardía), brindándole un armamento para exigir al Estado el amparo de medidas idóneas en función al Derecho y la justicia. En efecto, la inactividad del Legislativo o el Ejecutivo

⁴⁵Santiago Juárez, Mario. *Igualdad y acciones afirmativas*. 1ra Edición, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2007. Página 62.

⁴⁶Ku Yanasupo, Lily (2013) *La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de políticas públicas* (tesis de maestría). Pontificia Universidad Católica del Perú. Perú.

⁴⁷Idem.

contribuirá a un mayor margen de acción al control judicial, de no ser así *¿Por qué la sociedad tendría que esperarlos para satisfacer lo que es considerado como justo y urgente?*

Al respecto, Prieto Sanchís señala que “si se quiere una Constitución axiológica y de principios, una Constitución normativa compuesta de normas materiales o sustantivas, se debe pagar un precio, y ese precio es confiar a los jueces la última palabra sobre la ley, aunque ello condicione -no pocas veces y de manera decisiva- la acción del legislador”⁴⁸. Y es que, como se irá bosquejando en los siguientes capítulos, el papel de los jueces constitucionales irá en aumento en aras de la protección y garantía de derechos fundamentales y de índole social, que prevé la Constitución.

⁴⁸Prieto Sanchis, Luis. Ley, principios, derechos. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Madrid: Editorial Dykinson. Página 43-45

CAPITULO II. LAS POLITICAS PUBLICAS EN EL PERU

Las políticas públicas son acciones que le han sido encomendadas al poder político dentro del orden constitucional que nuestro país prevé. De esta manera, han sido concebidas tradicionalmente como parte del sector de la administración pública y sin prestar mucha atención al ámbito constitucional. No obstante, con la evolución de la teoría constitucional, el planteamiento teórico respecto a la dimensión jurídica y constitucional de las políticas públicas resulta mucho más factible a la luz de la creciente incidencia que ha tenido la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la acción pública. Dicho ello, *¿Realmente puede existir este punto de conciliación entre los derechos y las políticas públicas? Y de darse lo mencionado, ¿Qué tipo de relación sería?*

2.1. Aspectos generales

A lo largo del desarrollo doctrinario en materia de políticas públicas han existido varias formas de abordaje y falta de consenso dentro del debate de los estudiosos en su denominación, esto gracias a las múltiples especialidades en el escenario académico en las que va tomando gran importancia, siendo estas la Ciencia Política, la Administración Pública, la Economía, la Sociología, la Comunicación y muy recientemente, el Derecho.

Bajo este contexto, estas distintas aproximaciones al concepto de políticas públicas desde las diversas perspectivas científicas son perfectamente abordadas por Osvaldo Henríquez Subdere quien distingue que: “Para la economía, el énfasis está dado en los factores económicos que influyen en las políticas públicas, tales como el crecimiento económico, la productividad y el empleo (...). Para la Sociología, el énfasis gira en torno al conjunto de demandas que pueden ejercer la comunidad y los grupos en el proceso de construcción de las políticas públicas. Para la Ciencia Política, se halla un diferente matiz pues, por otra parte, enfatiza el papel que juega el proceso político en la generación e implementación de las políticas públicas. (...) Así, en el caso de la Administración Pública, se resalta la gerencia de los programas públicos como una parte importante del proceso de desarrollo de las políticas públicas”⁴⁹

⁴⁹ Guía metodológica para la formulación de políticas públicas regionales, Santiago de Chile, Ministerio del Interior, 2009, p. 12.

Visto lo anterior y planteado entonces el escenario en el que reina la pluralidad de opiniones doctrinarias dependiendo a su especialidad, *¿Cuál entonces sería la definición idónea a utilizar?* En un primer momento, y para efectos de la presente investigación, buscaremos centrarnos en una denominación que cumpla con los estándares mínimos o elementos comunes de las políticas públicas que cualquiera de las ramas del campo académico debe contener – *abordando así una perspectiva más general*. Lastimosamente la participación del Derecho en materia de políticas públicas es muy reciente y la doctrina no es abundante respecto a su vinculación, en ese sentido, a partir de una revisión bibliográfica exhaustiva, buscaremos encontrar la aproximación más cercana que nos permita cubrir los objetivos de la presente investigación – *abordando así una perspectiva más específica*.

Sobre los elementos comunes en las políticas públicas

El padre de la política pública Ludwig Von Bertalanffy, refiere que cualquiera que pretenda buscar o enmarcar a las políticas públicas en alguna definición – *no importando la rama que quiere abordarla* - debe cumplir con la mención de tres elementos⁵⁰, pues, de lo contrario, desnaturalizaría su contenido. A saber:

➤ **Debe generar valor público⁵¹,.**

Esto se debe a que pretende buscar cubrir alguna necesidad, satisfacer determinados intereses o resolver problemas⁵² que el ciudadano considere valiosos.

➤ **Debe usar el poder del Estado.**

Existe una forma de intervención a través de la cual se busca la atención de ese problema público. Esta intervención debe estar a cargo de la autoridad

⁵⁰ Bertalanffy, L. Teoría General de Sistemas. México: FCE. (1976),

⁵¹ Según Mark H. Moore, el concepto de valor público es abstracto por lo que se presentan diversas formas de medir este valor. Una es la teoría de la democracia estableciendo el valor en función de la satisfacción que produce en los políticos los resultados logrados por la organización. Otra es utilizando las técnicas de evaluación de programas, que permite al directivo saber si su organización ha alcanzado los objetivos propuestos políticamente, pero fijados en términos analíticos. Otro procedimiento es utilizar las técnicas del coste-beneficio para comparar el beneficio que obtienen los individuos en relación a lo que han pagado para obtener el servicio o producto. (Barcelona, 1998)

⁵² No debemos olvidar que estos “problemas” deben ser “problemas públicos”.

gubernamental competente, quien eventualmente tomará decisiones. Esto permite que estas sean exigibles, surgiendo derechos y obligaciones.

➤ **Implica acciones.**

Es una acción, una decisión o un conjunto de decisiones.

De esta manera y cumpliendo con lo enumerado anteriormente, las políticas públicas pueden ser consideradas como el “conjunto de acciones planeadas, ejecutadas y evaluadas por actores públicos y privados que, a partir de la lectura, la sistematización y el análisis de las demandas sociales, estructuran conceptual, operativa y financieramente un conjunto de planes, programas y proyectos que tienen por finalidad mitigar, y en ocasiones erradicar, los problemas a los que la sociedades confiere el estatus de problema de interés general”⁵³. En otras palabras, comprendemos por estas al conjunto de decisiones por parte del Estado o planes de acción de gobierno específicos para resolver o atemperar un problema social, en virtud de ciertos valores que gozan de un trato preferencial o prioritario por parte de ciertos actores sociales.

Actores tradicionales en materia de políticas públicas

Sin embargo, *¿Qué parte del Estado se encarga de incorporarlas?* Como bien hemos ido dejando a entrever, será el poder político quien se encargue. Para nuestro orden constitucional, este poder político puede encontrarse tanto en el Poder Ejecutivo como en el Poder Legislativo. No obstante, en cuestión de materia de políticas públicas, la competencia exclusiva la tendrá el Poder Ejecutivo.

⁵³ Pérez L. E. (2007). Desarrollo, derechos sociales y políticas públicas. En L. E. Pérez Murcia, R. Uprimny Yepes, & C. Rodríguez Garavito, Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas. (pp. 71-130). Bogotá: Dejusticia.

Así, según la propia Constitución Política se tiene:

CONSTITUCION POLITICA DEL ESTADO ⁵⁴
PODER EJECUTIVO
Artículo 118.- Corresponde al Presidente de la República: 1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución y los tratados, leyes y demás disposiciones legales. 3. Dirigir la política general del Gobierno. 11. Dirigir la política exterior y las relaciones internacionales; y celebrar y ratificar tratados 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso. El Congreso puede modificar o derogar los referidos decretos de urgencia. 24. Ejercer las demás funciones de gobierno y administración que la Constitución y las leyes le encomiendan.
Artículo 125.- Son atribuciones del Consejo de Ministros: 1. Aprobar los proyectos de ley que el Presidente de la República somete al Congreso. 2. Aprobar los decretos legislativos y los decretos de urgencia que dicta el Presidente de la República, así como los proyectos de ley y los decretos y resoluciones que dispone la ley. 4. Las demás que le otorgan la Constitución y la ley.

⁵⁴ Constitución Política del Estado. http://spijlibre.minjus.gob.pe/normativa_libre/main.asp

Y según su Ley Orgánica, que:

PODER EJECUTIVO			
LEY ORGANICA DEL PODER EJECUTIVO ⁵⁵			
Artículo 4.- Competencias exclusivas del Poder Ejecutivo El Poder Ejecutivo tiene las siguientes competencias exclusivas: 1. Diseñar y supervisar políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno.	Artículo 6.- Funciones del Poder Ejecutivo El Poder Ejecutivo ejerce las siguientes funciones 2. Planificar, normar, dirigir, ejecutar y evaluar las políticas nacionales y sectoriales en conformidad con las políticas de Estado.	Artículo 17.- Presidencia del Consejo de Ministros La Presidencia del Consejo de Ministros es el Ministerio responsable de la coordinación de las políticas nacionales y sectoriales del Poder Ejecutivo. Coordina las relaciones con los demás Poderes del Estado, los organismos constitucionales, gobiernos regionales, gobiernos locales y la sociedad civil.	Artículo 22.- Definición y constitución 22.2 Los Ministerios diseñan, establecen, ejecutan y supervisan políticas nacionales y sectoriales, asumiendo la rectoría respecto de ellas.

⁵⁵ Ley Orgánica del Poder Ejecutivo.
[http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dII/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00447.htm/a%C3%B1o252476.htm/mes272382.htm/dia273475.htm/sector273476.htm/sumilla273478.htm?f=templates\\$fn=document-frame.htm\\$3.0#JD_L29158](http://spijlibre.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dII/CLPlegcargen/coleccion00000.htm/tomo00447.htm/a%C3%B1o252476.htm/mes272382.htm/dia273475.htm/sector273476.htm/sumilla273478.htm?f=templates$fn=document-frame.htm$3.0#JD_L29158)

Visto lo anterior, según lo estipulado por nuestro ordenamiento jurídico el único competente para la intervención en materia de políticas públicas sería el Poder Ejecutivo, creando así una suerte de espacio político exento de control (y que como hemos visto someramente se va diluyendo en función de la tarea que cumplen los derechos fundamentales en el Estado Constitucional de Derecho). A pesar de ello, ¿la teoría política también excluye a otros actores distintos del ejecutivo? Veamos.

Sobre el concepto de estructuración de políticas públicas

Ahora bien, tomando en cuenta lo anterior, observemos qué comprende la *estructuración de políticas públicas*, pues es a partir del mismo que se nos puede permitir ver el panorama de cómo es que los actores intervienen en el proceso de producción y despliegue de las políticas públicas, y si hay algún impedimento para que actores no clásicos (como vendría a ser el juez constitucional) participen.

Así, la *estructuración de políticas públicas* como teoría de la ciencia política (pues recordemos que el desarrollo doctrinario de las políticas públicas vinculadas al derecho resultan ser un tema incipiente) “se propone explicar el proceso mediante el cual un gobernante busca ordenar las partes de manera tal que sus ideas o intenciones se proyecten como formas, relaciones y significados de gobierno”⁵⁶. tanto por su equipo como por los gobernados. Es decir, como el producto de un intenso proceso político a través del cual emergen y toman forma los proyectos e intereses de individuos, instituciones y discursos (síntesis de la interacción de los dos anteriores) en pugna por imponer un determinado proyecto de dirección política y de dirección ideológica sobre la sociedad y el Estado que son gobernados.

Dicho ello, los componentes en la *estructuración de políticas públicas* son la intensidad de las tensiones y conflictos inherentes a la *estructuración*, emergiendo como elementos claves para asegurar su producción y reproducción. En tal línea de ideas, el modelo se desarrolla en función de la doble interacción entre i) la intensidad

⁵⁶ Medellín Torres, Pedro. La política de las políticas públicas: Propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile. 2004. Página 33

de las tensiones y conflictos⁵⁷, y **ii)** el manejo de los dispositivos y operadores. ⁵⁸
(Véase Cuadro N° 1).

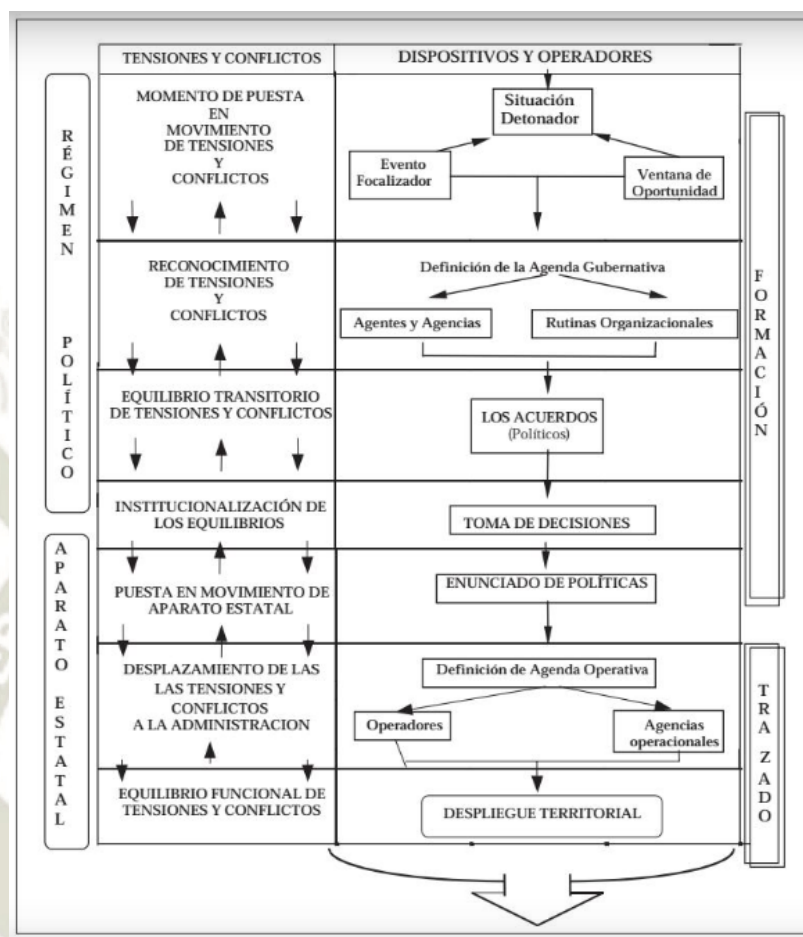
Y es que, resulta interesante darle un vistazo al segundo componente – *dispositivos y operadores* – pues es a partir del mismo que se da cuenta del carácter orgánico y articulador de las políticas públicas **como instrumento privilegiado de la acción de gobierno**. Así, el poder político se erige también como elemento clave para la estructuración de políticas públicas para esta teoría.



⁵⁷ Según Medellín Torres, las “tensiones y conflictos” en cuanto a su intensidad emergen como elementos claves para asegurar la producción y reproducción de políticas públicas. No solamente dan cuenta de la sensibilidad del contradictorio y complejo cúmulo de intereses (políticos, económicos y sociales) a las intervenciones gubernamentales a través de las políticas públicas, sino también el poder que realmente las mismas pueden conferir a los gobiernos para mantener o alterar el orden existente. En otras palabras, la intensidad de las tensiones y conflictos determina los márgenes de maniobra que tienen los gobernantes para hacer valer una apuesta política y electoral por la que han votado una mayoría de ciudadanos, hasta convertirla en hechos de gobierno. (Medellín Torres 2004:34)

⁵⁸ Idem. Página 34

Cuadro N° 1



Medellín Torres, Pedro. *La política de las políticas públicas: Propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad.*

En esta línea de ideas, Medellín Torres muy acertadamente coloca como la primera puesta de movimiento de este componente y consiguiente núcleo del proceso de *estructuración* a la existencia de una *situación – detonador*, la cual puede ser definida como “un hecho, una circunstancia o un propósito que, por sus dimensiones políticas y sus formas de manifestación, llama la atención de los ciudadanos, las autoridades gubernamentales y de los aspirantes a gobernar, **sobre la necesidad de actuar**”⁵⁹.

⁵⁹ Ídem. Página 36-37

Dicho ello, una *situación – detonador* puede ser **i) reactiva**, cuando el llamado de atención se produce para corregir un desequilibrio o una situación de inestabilidad institucional o conmoción social – producidas por políticas ya existentes que vienen ocasionando mayor perjuicio que beneficio. O puede ser **ii) proactiva**, cuando el llamado de atención se hace en torno a una expectativa de progreso futuro, es decir, para el diseño de políticas que cubran nuevos frentes de desarrollo social.

En este sentido, es de conocimiento general que en los últimos años se han venido produciendo múltiples hechos y circunstancias que no solo han generado conmoción social por parte de la población, sino también por los distintos organismos estatales, no siendo exento el Tribunal Constitucional Peruano – *como intérprete y garante máximo de la Constitución* - y más recientemente la Corte Suprema de Justicia del Perú a través de su Sala Constitucional– *como órgano supremo en el ámbito judicial* - . Como era de esperarse, los efectos de la misma (situación – detonador) no solo han sido reactivos sino proactivos por parte de ellos, produciéndose el pronunciamiento de los jueces constitucionales peruanos en la búsqueda de resultados concretos a favor de los intereses de la sociedad, surgiendo así, como un actor relevante en las *políticas públicas* (a través del proceso de *estructuración de políticas públicas* como bien se ha desarrollado).

A dicha incidencia de las cortes y tribunales constitucionales se le ha denominado como el fenómeno de la “*judicialización de la política pública*”. Conviene entonces, dilucidar cuáles son sus alcances y si es que efectivamente dentro del orden constitucional del Estado de Derecho se puede encontrar un respaldo – *respecto a la participación de los entes jurisdiccionales mencionados* – válido.

2.2 Injerencia de la jurisprudencia constitucional para la elaboración de políticas públicas.

El planteamiento teórico respecto al ámbito jurídico y constitucional de las políticas públicas se ha visibilizado por la creciente incidencia que ha tenido la jurisprudencia constitucional en el ámbito de la acción pública. Así, frente a la inacción del poder público en la adopción de planes de acción necesarios o adecuados para la satisfacción de los derechos, la jurisprudencia de las cortes constitucionales – *para el caso peruano a través del Tribunal Constitucional y recientemente la Corte Suprema de Justicia* -

ha jugado un rol fundamental para el goce efectivo de los derechos fundamentales sobre la base del respeto de la dignidad humana, ya sea para corregir la omisión estatal, impulsar reformas legales e institucionales de los instrumentos que las conforman, o simplemente generar espacios de diálogo social constructivo para que determinadas minorías puedan expresar sus demandas, fiscalizar o impugnar las decisiones del poder estatal ⁶⁰. Apreciándose así, un profundo cambio en la distribución del poder que obedece no solo a un fenómeno nacional, sino que también mundial.

Este cambio iniciado primigeniamente a raíz de los acontecimientos que se dieron lugar en la Segunda Guerra Mundial por la doctrina constitucional norteamericana con Martín Shapiro y Robert Dahl⁶¹ en los años 1962 y 1975 respectivamente, en principio puede entenderse como una suerte de alejamiento del poder en el legislativo para pasar a los tribunales u otras instituciones⁶². Asimismo, puede también conceptualizarse como “el condicionamiento judicial o la decisión judicial sobre asuntos que tradicionalmente habían sido decididos por medios políticos, y que se consideraba que eran propios de la política democrática” ⁶³. Así, en términos de Rodrigo Uprimny, cuando exista una suerte de injerencia de la jurisprudencia constitucional en la elaboración de políticas públicas – *siendo estas reconocidas por la Constitución como perteneciente a los poderes políticos (en nuestro caso Poder Ejecutivo)* – estaremos frente a la “**judicialización de la política**”. Así, el mencionado autor, entenderá que estamos en presencia de la misma cuando “ciertos asuntos que tradicionalmente habían sido resueltos por el sistema político empiezan a ser decididos por los jueces”⁶⁴.

⁶⁰ Ku Yanasupo, Lily. La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas. Pontificia Universidad Católica del Perú. 2013. Página 7.

⁶¹ Para Lily Ku, lo que estos autores han destacado al analizar los posibles conflictos entre el Derecho y la política, es el importante rol que desempeña la jurisdicción constitucional al limitar el poder de los gobiernos, a través de la razón jurídica que subyace a la protección de los derechos fundamentales, lo que en definitiva juega un papel importante en la configuración y consolidación de las democracias constitucionales. (51:2013)

⁶² Alex Stone Sweet, *Governing with Judges*, Oxford University Press, 2000, página 103

⁶³ Uprimny R. (2007). La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos. *Sur*(6), 61.

⁶⁴ Ídem. Página 36-37

En este sentido, cabe mencionar que no son pocos los grupos de estudiosos que desconfían de esta suerte de activismo judicial⁶⁵ que pretende modificar el esqueleto de la realidad social o económica, creyendo que ello “afectaría gravemente el mecanismo democrático”⁶⁶.

Dicho esto, *¿Qué nos dicen las posiciones tradicionales respecto a esta injerencia de la jurisprudencia constitucional llamada también judicialización de la política?* A continuación, señalaremos algunas de las tesis negativas más significativas que conforman la oposición por parte de la doctrina respecto a la judicialización de la política:

El juez como boca de ley

Como primer antecedente podemos mencionar a Montesquieu, quien a través de su tesis “el juez como boca de ley” (*bouche de la loi*), refiere que el operador debe desempeñarse como mero aplicador, casi técnico y robótico de la misma. En esta línea de ideas, Néstor Sagues a la luz de la tesis materia de análisis, señala que “disponer de un cambio social sería un asunto político, propio del Parlamento y del Poder Ejecutivo, ajeno al quehacer jurídico de los tribunales”⁶⁷.

⁶⁵ El activismo judicial o judicial activism es una de las corrientes judiciales que nacieron para moderar el nivel de control que los jueces constitucionales pueden ejercer en aras de garantizar la supremacía constitucional y los derechos fundamentales. Su origen se remonta a la decisión del caso Marbury vs Madison (1803) y que se desarrolla en sí misma hasta llegar al punto en el que niega la existencia de espacios exentos de control constitucional. En tal oportunidad, el Chief Justice Marshall aseveró que «La competencia de la Corte es, solamente, para decidir sobre los derechos de los individuos, no para inquirir cómo el Poder Ejecutivo, o los funcionarios del Poder Ejecutivo, desempeñan deberes en los cuales tienen completa discreción. Cuestiones en su naturaleza política, o las que, por la constitución o las leyes, están sometidas al Poder Ejecutivo, nunca pueden ser decididas por este Tribunal». (Sagues. Página 74. PUCP)

Por otro lado, encontramos también la corriente judicial self-restraint o judicial auto-restrictiva que la Suprema Corte de Estados Unidos optó para la eventual resolución de casos difíciles. Para César Landa, esta última corriente introduce la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables (political questions), la cual parte por identificar la existencia de cuestiones constitucionales no pasibles de control (Landa 2000: 111).

⁶⁶ Idem. Página 531

⁶⁷ Sagues, Néstor Pedro. Los tribunales constitucionales como agente de cambios sociales. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/3981-3523-1-PB.pdf> Página 529

Desde este punto de vista, el rol que tendrían que desempeñar los jueces constitucionales sería el de mero ejecutor o actor convalidante⁶⁸ de los cambios ya dispuestos por los poderes políticos – *Poder Ejecutivo y Poder Legislativo* -.

Cuestiones políticas no justiciables

Aunado a lo anterior, también podemos encontrar la tesis de las “*cuestiones políticas no justiciables*” o también conocidas como cuestiones políticas “*no judiciales*”, “*no enjuiciables*”, o “*political questions*”, como se las denomina en el derecho anglosajón. Para esta doctrina, existen “áreas del quehacer constitucional que, reservadas a los poderes clásicamente “políticos” (Ejecutivo y Legislativo), no deben estar sometidas al escrutinio judicial de constitucionalidad”⁶⁹.

En este sentido, ¿*Qué puede entenderse por judiciabilidad?* ¿*Qué son las cuestiones políticas?* De manera sintetizada, entendemos a la **judiciabilidad** como la oportunidad de que el juez decida en un proceso judicial un conflicto entre dos partes legitimadas en aras de la defensa de sus derechos, componiendo así el sistema jurídico perturbado. Por otra parte, las **cuestiones políticas**, pueden definirse como “un asunto cuya resolución demanda la actuación de los poderes políticos encarnados en el Poder Ejecutivo y en el Poder Legislativo”, esto último por tratarse de – *en una perspectiva representativa electoral* – los depositarios de la soberanía popular, y por ende “los únicos legitimados por la constitución para llevar a cabo decisiones que involucren la materialización del poder estatal”⁷⁰.

⁶⁸ William Koski, docente e investigador de la Universidad de Standford en una visita a Buenos Aires, nos permite distinguir dos posibles roles de la jurisdicción constitucional, entre ellos el rol como agente convalidante. Así, dicho autor indicaba que el órgano actuaba como tal cuando mostraba una actitud de acompañamiento y de confirmación constitucional. Esta actitud también puede manifestarse tanto de forma expresa (lo juzga y lo entiende constitucional) o de abstención (cuestión política no justiciable). Un ejemplo de ello, es el pronunciamiento de la Corte Suprema de Estados Unidos cuando ratificó años después la propuesta de Franklin D. Roosevelt, enmarcadas en el “New Deal”, confirmando así, la apertura de un sesgo político-social y de mayor regulación estatal en el sector económico.

⁶⁹ Sagues, Néstor Pedro. Los tribunales constitucionales como agente de cambios sociales. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/3981-3523-1-PB.pdf> Página 230

⁷⁰ Gastón Morales, Gerardo. Conflictos entre política y Derecho. Um análisis de la doctrina de as cuestiones políticas no justiciables y su incompatibilidad con el control de constitucionalidad Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11129/Morales%2C%20Gerardo%20Gast%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Página 12-13

Dicho lo anterior ¿*Qué son entonces las cuestiones políticas no justiciables?* Para Gerardo Gastón⁷¹, es aquella “categoría jurídica que engloba un conjunto de casos llevados a instancia jurisdiccional ante los cuales un juez no puede desplegar la función de oponer dicho asunto a la Constitución para establecer así su constitucionalidad o anticonstitucionalidad, ya que el acto cuestionado es un acto político, producto de la actividad propia y excluyente del Poder Ejecutivo o del Poder Legislativo”⁷². En otras palabras, será aquella área estructural o normativa del Estado que por tener el carácter de política estaría dotada de una especie de “blindaje” de la misma naturaleza, creando una suerte de “impermeabilidad” frente a la actividad jurisdiccional.

Así, el tratamiento jurisdiccional por parte de los jueces no podría tratar las *cuestiones políticas* sobre la base de la justiciabilidad porque en teoría lo realizado por los poderes políticos no tendría que producir una violación o amenaza directa a los derechos de los ciudadanos. En consecuencia, se haría evidente la imposibilidad – *según esta doctrina* – para acceder a la justicia ordinaria, toda vez que desaparecería el requisito *sine qua non* para ello: El caso justiciable.

Bajo el contexto explicado, esta doctrina – *en principio* – nos indica que no pueden someterse a decisión de los jueces conflictos que se originan a raíz del ejercicio de las facultades que la propia Constitución les atribuye a los poderes políticos – *Poder Ejecutivo y Poder Legislativo*. Sin embargo, ¿*Esto puede ser desprendido de nuestra Constitución?* Efectivamente, tal y como puede apreciarse del cuerpo normativo constitucional, se les ha reservado facultades específicas a los poderes políticos a fin de sustraer ciertas decisiones políticas de cualquier tipo de control – *es especial del control judicial* -. Como ejemplos podemos señalar al artículo 70 que hace referencia a la expropiación, el artículo 200 que nos habla sobre los regímenes de excepción y en general, toda decisión de naturaleza política vinculada al ejercicio de la competencia de los poderes políticos, y que, a tenor de la presente investigación, también se halla en el diseño y supervisión de las políticas públicas según los artículos 102 (actuación del Legislativo) y 118 (actuación del Ejecutivo). Y es que, de efectuarse lo contrario –

⁷¹ Idem. Página 14

⁷² Pedro Sagues, Nestor. La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la coalición contra Saddam Hussein). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Página 13. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/1917-7452-1-PB.pdf>

permitir el control judicial – se produciría un desequilibrio en la separación de poderes ya que la injerencia del juez constitucional tendiente a valorar judicialmente el modo en que esas competencias son ejercidas sería una injerencia indebida.

i) Cuestión política vs cuestiones jurídica

Bajo esta perspectiva, ¿*Una cuestión política puede ser concebida como una cuestión jurídica?* No. Tradicionalmente, la doctrina las ha concebido como opuestas; pues mientras que las cuestiones jurídicas prevén un resquebrajamiento en el ordenamiento **jurídico**, es decir del derecho; las cuestiones políticas no prevén tal fricción, toda vez que no tendría por qué existir una violación de derecho alguno, al tratarse – *supuestamente* – de “una discrepancia en un sentido político en cuanto al modo en que el Presidente o el Congreso llevan a cabo sus funciones”⁷³

De esta manera, Gerardo Gastón encuentra por parte de aquellos doctrinarios que esbozan estar a favor de esta posición – *sobre la contraposición entre cuestiones políticas y cuestiones jurídicas* – los siguientes argumentos:

Ante conflictos de carácter político, se debe entender que los propios poderes u órganos políticos del Estado son los que mejor posicionados están para solucionarlos. Para el autor, “el remedio en esos casos debe venir del lado de la política y no de la justicia, porque de otro modo el remedio sería peor que la enfermedad”⁷⁴

- 1) Al encontramos ante un proceso político, democrático y republicano, debe entenderse que la actuación de los distintos actores del ordenamiento debe ser conforme al mismo. Convirtiéndose así en un conducto adecuado – y *único* – para modificar una situación en desacuerdo, además de ser, por excelencia, el canal para manifestar toda disconformidad política – *a través del acto eleccionario*.

⁷³ Idem. Página 13-14

⁷⁴ Gastón Morales, Gerardo. Conflictos entre política y Derecho. Um análisis de la doctrina de as cuestiones políticas no justiciables y su incompatibilidad con el control de constitucionalidad Recuperado de: <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/11129/Morales%2C%20Gerardo%20Gast%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y> Página 12-13

Sin embargo, aun cuando pueda creerse que la doctrina de las *cuestiones políticas no justiciables* no interviene directamente con el rol del juez jurisdiccional por tratarse de dos aspectos conceptuales opuestos, lo cierto es que ello no es aplicable en la realidad. *¿Por qué?* Porque en la realidad no se configuran hechos de manera pura, en los que el asunto sea netamente jurídico o netamente político. Ello se desprende – de una manera más palpable – en lo acontecido en nuestro país con la sentencia emitida en el Expediente N° 23822-2017, LIMA por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de la República – caso Currículo Nacional y enfoque de género o con la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Ley Universitaria (*por citar algunos ejemplos*).

Así, la cuestión inicialmente política conecta con lo jurídico o lo político muestra su aspecto jurídico – *al afectar derechos fundamentales y sociales, entre otros*. Y es que, a partir de ello, se crea una nueva figura a tener en consideración: El control judicial de la constitucionalidad (*este punto será desarrollado en el apartado siguiente*).

Posibilidad de inconstitucionalidad por Omisión: Sucede cuando existiendo un derecho de accionar por parte del estado, y este no lo hace, es decir omite su accionar, ese deber que la constitución le impone al gobernante o al poder involucrado, tiene que ser obligación que tenga término de realización, no es una inconstitucionalidad que podamos encontrar antecedentes varios.

Cuestiones políticas no judiciales:

La consecuencia de estas cuestiones es que no puedo ejercer el control de constitucionalidad. No se puede analizar esos casos el PJ. El acto responde al ejercicio de facultades privativas o exclusivas de alguno de los poderes del estado, ahí se constituye la cuestión política.

Hay dos fundamentos claros en función de esta cuestión:

Proteger la división de poderes

Posibilidad de inconstitucionalidad por Omisión: Sucede cuando existiendo un derecho de accionar por parte del estado, y este no lo hace, es decir omite su accionar, ese deber que la constitución le impone al gobernante o al poder involucrado, tiene que ser

obligación que tenga término de realización, no es una inconstitucionalidad que podamos encontrar antecedentes varios.

Cuestiones políticas no judiciales:

La consecuencia de estas cuestiones es que no puedo ejercer el control de constitucionalidad. No se puede analizar esos casos el PJ. El acto responde al ejercicio de facultades privativas o exclusivas de alguno de los poderes del estado, ahí se constituye la cuestión política.

Hay dos fundamentos claros en función de esta cuestión:

Proteger la división de poderes

La injerencia de la jurisprudencia constitucional bajo la óptica del neoconstitucionalismo

En definitiva y de acuerdo a lo expuesto en el primer apartado sobre el neoconstitucionalismo contemporáneo, más es la doctrina que se pronuncia a favor de la judicialización de la política en este sentido. Veamos algunos argumentos:

- 1) **Boffi Boggero** quien considera que el fundamento respecto a la necesidad de prever la separación de poderes no es incompatible con la doctrina de las *cuestiones políticas*, sino que – *por el contrario* – ayuda cuando el juez decide revisar lo inicialmente otorgado como facultad a un poder. Así, para el autor, el juez constitucional “estaría legitimando el ejercicio discrecional de una facultad dando por probado a priori el hecho que jurídicamente le debe conferir fundamento constitucional a dicha facultad”⁷⁵.
- 2) Por otra parte, encontramos también a **Bidart Campos**, quien acepta – *en un primer momento* – que la Constitución prevé la reserva en la actuación de cada uno de los poderes del Estado, pero no al punto de avalar el abuso o exceso de poder de tal actuación. De esta manera, el autor considera que, cuando el juez revisa un acto de alguno de los poderes políticos, no lo hace interfiriendo en cuestiones

⁷⁵ Fallos, 254:116.

políticas puramente, sino que ejerce su facultad de control de la supremacía constitucional con el fin de dirigir tal actuación contraria a la Constitución⁷⁶.

3) Finalmente, **Néstor Sagues** en una posición más “radical”, defiende la viabilidad de la justiciabilidad de las cuestiones políticas no solo en un aspecto político, sino también jurídico. De esta manera, sustenta dicha justiciabilidad en un doble sentido⁷⁷..:

- El juez debe determinar el cumplimiento del procedimiento constitucional para la realización de una facultad propia de alguno de los poderes políticos.
- El juez debe determinar la constitucional del acto de dicho órgano. Señala que, no es que los jueces se pronuncien sobre el acierto de la decisión tomada (esto sí es discrecional), sino que, “con extrema prudencia, sobre si la decisión tomada respeta, en cuanto a su contenido, las normas de la Constitución”⁷⁸.

Y es que, la posibilidad de aceptar a la judicialización de la política puede significar un cambio positivo para la sociedad. Así, dentro de las virtudes de la misma⁷⁹, podemos hallar:

- Evitar abusos de los órganos políticos y de las mayorías, en contra de minorías estigmatizadas o de individuos.
- Situar en el centro del debate la protección de derechos.
- Evidenciar que la garantía de los derechos más que limitación a la democracia es precondition de la misma.

Otros autores han destacado que la judicialización de la política es además “*una herramienta útil para exigir que las políticas públicas cumplan con los compromisos que imponen los derechos humanos*”. En ese sentido, uno de los efectos de la judicialización de la política es la **juridización del discurso de las políticas públicas, esto implica que buena parte de la discusión se de en**

⁷⁶ Fallos, 254:116.

⁷⁷ Néstor P. Sagues, Novedades sobre las cuestiones políticas no justiciables, ED, t. 184, p. 1075.

⁷⁸ Idem. p. 1080.

⁷⁹ Quinche M., & Rivera Rugeles, J. (2010). El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos. Vniversitas(121), 113-138.

términos de derechos y obligaciones, con lo cual el debate de las políticas públicas se desconcentra de los discursos de la administración pública y de la economía.

De esta manera, con la judicialización de la política pública se hace evidente que:

- Todos los poderes del Estado están obligados a desarrollar los fines constitucionales en el ciclo de la política pública y que,
- Implique que buena parte de la discusión se dé en términos de derechos y obligaciones, con lo cual el debate de las políticas públicas se desconcentra de los discursos de la administración pública y de la economía.

2.3 El enfoque de derechos en las políticas públicas

Ciertamente, cuando uno habla de “enfoques de políticas públicas” está pensando fundamentalmente en categorías y métodos para poder intervenir en la realidad a través de la fuerza y el poder del Estado. Cuando el Estado hace políticas públicas – *como bien desarrollamos anteriormente* – toma decisiones, estas decisiones requieren de criterios para definir la mejor estrategia de intervención para la eventual solución del problema público. La elección de un determinado enfoque es la posibilidad de observar el problema público a través de sus dimensiones. Así, si es que me coloco los lentes del medio ambiente, miraré la realidad con una priorización en los temas ambientales; otros ejemplos a los que podemos acceder, serían los anteojos del género y de la interculturalidad.

Dicho ello, *¿Podríamos hablar entonces de la existencia de un enfoque de derechos en las políticas públicas?* Efectivamente, a partir de la evolución del Estado y los derechos fundamentales, se viene produciendo este fenómeno. Así, cuando nos refiramos al enfoque de derechos en las políticas públicas, estaremos hablando del deber que tienen los Estados – *a través de sus órganos estatales* – de construir sus políticas en función al marco normativo internacional y nacional de protección de derechos humanos y fundamentales respectivamente, actuando así, como una especie de eje de acción en la formación de la decisión pública. En esta línea de ideas, se pronuncia también Ludwig Güendel al señalar que, “**la discusión jurídica y los esfuerzos por traducir las normas** [internacionales de derechos humanos] **en**

acciones de política institucional y de control social es lo que se ha denominado como el enfoque de los derechos. Cuando una política pública evidencia la articulación racional de acciones y omisiones del Estado, basadas en las obligaciones contraídas voluntariamente por (...) [este] a través de distintos instrumentos de derechos humanos y en la definición participativa de los principales problemas y necesidades de la sociedad”⁸⁰

En consecuencia, tal y como refiere Bernalles Ballesteros, “mientras a los analistas les interesa la eficiencia económica y cómo las políticas pueden afectar a la sociedad en su conjunto, a los políticos les interesa la distribución de los productos y cómo las políticas públicas afectan a ciertos individuos y grupos. Frente a ello es posible apreciar la necesidad de reemplazar un enfoque eminentemente técnico en el que se asume que en el caso de las políticas públicas basta un enfoque dual: técnico y político, por una perspectiva de los derechos humanos que necesita además el enfoque jurídico y social que permitan incorporar plenamente los derechos humanos, como principio y objetivo de las políticas públicas”⁸¹

Y es que, no debemos dejar atrás que, uno de los principales fines que persigue este enfoque, es el de coadyuvar en la elaboración de políticas que originen avances en el reconocimiento y ejercicio progresivo de los **derechos fundamentales**. Y *¿Por qué de los derechos fundamentales?* Porque a diferencia de los enfoques tradicionales fundados en “necesidades” cuyo resultado es el de ser satisfechos, los “derechos” son universales, prioritarios y constitutivos de obligaciones estatales exigibles por la sociedad.

⁸⁰ Güendel, Ludwing (2003): Por una gerencia social con enfoque de derechos, disponible en www.iigov.org/documentos/?p=3_0108. Consultado el 2-1-2008

⁸¹ Bernalles Ballesteros, Enrique. Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos. Librocolectivo: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas. Lima: Comisión Andina de Juristas. Página 97-98

De manera rápida, cabe mencionar que esta distinción es ampliamente abordada por Xavier Valente Adarme y Claudia Giménez Mercado, quienes elaboraron el siguiente cuadro⁸²:

Diferencias de los enfoques basados en necesidades y en derechos	
Enfoques tradicionales	Enfoque de derechos
Enfoque sectorial con intervenciones verticales y fragmentadas.	Visión integral e intersectorial del desarrollo.
Las necesidades son alcanzadas o satisfechas.	Los derechos son realizados (respetados, protegidos y cumplidos).
Las necesidades no conllevan responsabilidades u obligaciones, aunque pueden generar promesas.	Los derechos siempre conllevan una correlación de responsabilidades u obligaciones.
Las necesidades no son necesariamente universales.	Los derechos humanos siempre son universales.
Las necesidades pueden ser priorizadas.	Los derechos humanos son indivisibles dada su interdependencia.
Las necesidades pueden ser alcanzadas a través de acciones de caridad y asistenciales.	La caridad y el asistencialismo no tienen cabida desde la perspectiva de los derechos humanos.
La sostenibilidad es deseable.	La sostenibilidad es necesaria.
La participación es una estrategia.	La participación es un objetivo, una meta y una estrategia.
Se centra en las manifestaciones de los problemas o en sus causas inmediatas centradas en el acceso a servicios básicos de calidad.	Centrados en las causas estructurales básicas así como en las manifestaciones focalizadas en el cumplimiento de derechos y en el empoderamiento.
Las necesidades básicas pueden ser alcanzadas por medio de metas o de resultados.	Los derechos humanos se pueden realizar solamente atendiendo tanto los resultados como los procesos.
Fuente: Barahona, 2006.	

Siendo ello así, el enfoque de derechos, será un instrumento no solo metodológico pues sirve para que el Estado pueda tomar decisiones, sino también ético, en el sentido que el discurso de los derechos humanos no solo es aceptado sino defendido y promovido por la sociedad en general. En este sentido, el enfoque de derechos toma elementos del Derecho Internacional de Derechos Humanos, del Derecho Constitucional y del Derecho Procesal Constitucional, para que, a partir de ellos, se logre la exigibilidad de los derechos humanos – **inicialmente no judiciales** – sino a

⁸² Giménez Mercado, Claudia y Valente Adarme, Xavier. El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: Ideas para un debate en ciernes. Disponible en: [chrome-extension://oemmndcbldboiebfnladdacbfmadadm/http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-los-derechos-humanos-en-las-politicas-publicas-ideas-para-un-debate-en-ciernes.pdf](http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-los-derechos-humanos-en-las-politicas-publicas-ideas-para-un-debate-en-ciernes.pdf)

través de la administración pública que tienen además un proceso de negociación política muy importante.

Y es que, mediante el mismo, la persona humana ocupa el eje central de toda actuación estatal y con ello la prioridad en la satisfacción de sus derechos. Por citar un ejemplo, si es que yo voy a aplicar políticas urbanas, las avenidas, las calles, los edificios que puedan verse involucrados tendrían que buscar satisfacer algún derecho que incida en los derechos del ciudadano. La política pública estará entonces, centrada en las decisiones que garanticen los derechos de las personas.

A continuación, precisaremos los elementos que lo definen y los principios que los rigen, para que así podamos terminar de bosquejar el marco de acción del mencionado enfoque:

¿Qué se necesita para el enfoque de derechos en las políticas públicas?

Según Carlos Alza, en una ponencia realizada en la Pontificia Universidad Católica del Perú, para que pueda hablarse de un enfoque de derechos en las políticas públicas, se requiere determinar **i)** el contenido de los derechos; y, **ii)** las obligaciones estatales, que son aquellas obligaciones que devienen y provienen de los instrumentos internacionales que el Perú ha suscrito.

Así, la unión de ambos elementos permite que el enfoque de derechos construya un marco de acción que, para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, incluya dos aspectos⁸³:

- **Normativo**, pues se encuentra dirigido por los instrumentos jurídicos internacionales que instauran mecanismo de exigibilidad por parte de la sociedad.

⁸³ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – OACDH (2006). Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf> Consultado el 08/07/2019

- **Operacional**, pues las obligaciones derivadas de los derechos concretos contemplan el deber de respeto, protección y cumplimiento⁸⁴ de los derechos humanos.

¿Cuáles son los principios del enfoque de derechos en las políticas públicas?

Dicho lo anterior, no cabe duda alguna que el enfoque de derechos en las políticas públicas constituye un gran reto para cualquier Estado y la sociedad en sí misma. De esta manera, estos dos actores se ven inmiscuidos en el enfoque analizando y promoviendo que “aspectos básicos” del mismo ocurran, solo así, se podrá dar inicio a “la transformación social que promueva los derechos humanos como una práctica social legitimada y con mecanismos operacionales e institucionales que garanticen su ejercicio y exigencia, y no simplemente su establecimiento formal como máximas ético-morales que no implican necesariamente el reconocimiento de las personas como sujetos sociales (identidad) y sujetos de derechos (ciudadanía)”⁸⁵

Apuntado lo escrito, son:

i) La igualdad y la no discriminación

Principio conocido también como el de “*Universalidad y Equidad*”. Este principio exige la presencia de un criterio de equidad dentro del enfoque como instrumento para impulsar la solución de problemas sociales referidos a la discriminación y exclusión.

⁸⁴ Para la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – OACDH (2004), estos deberes implican:

1. respetar: «exige que el Estado no interfiera directa o indirectamente en el disfrute del derecho»
2. proteger: «requiere que el Estado adopte medidas para evitar que terceros interfieran en el [ejercicio pleno del] derecho»; y
3. cumplir: «exige que el Estado adopte medidas legislativas, administrativas, [presupuestarias, judiciales] y de otra índole adecuadas para [facilitar, proporcionar y promover] la plena realización del derecho». Véase en: Los derechos humanos y la reducción de la pobreza. Un marco conceptual, Ginebra y Nueva York. Recuperado de: <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/PovertyReductionsp.pdf> Página 33-37

⁸⁵ Güendel, Ludwing. Políticas públicas y derechos humanos, Revista de Ciencias Sociales, vol. III, N° 97, San José de Costa Rica, pp. 115-123. (2002)

¿Qué implica? Reconocer la diversidad humana como punto a observar al momento de querer universalizar los derechos. En palabras de D'Elia, “responder a cada uno según su necesidad dando más a quien tiene menos y menos a quien tiene más. A necesidades diferentes corresponderán respuestas diferentes (equidad vertical) y necesidades iguales, respuestas iguales (equidad horizontal)”⁸⁶

ii) Participación ciudadana

Implica la intervención de los ciudadanos que forman parte del proceso; creándose así una relación Estado – sociedad, en la que el primero señalado sea un medio para el desarrollo de la segunda (y no un fin en sí mismo). Según Guendel, “el enfoque tiene como uno de sus principales aportes el restablecimiento de la unidad entre sujeto social y sujeto de derecho, lo que plantea una nueva vinculación entre el Estado y la sociedad en la forma de una ciudadanía reflexiva y, como se ha mencionado antes, en el reconocimiento de los derechos sociales de sectores tradicionalmente excluidos”⁸⁷.

iii) Transparencia y rendición de cuentas

Según el Fondo de Población de las Naciones Unidas, aquellas políticas públicas que se encuentren cimentadas en derechos serán más sólidas, siempre y cuando se vean articuladas a “contratos sociales” entre el Estado y la sociedad. De esta manera, mientras haya mayor legitimación en los acuerdos creados por la relación Estado – sociedad, no solo se permitirá una mayor previsibilidad en la durabilidad de las decisiones adoptadas, sino que también la sociedad tendrá la posibilidad de exigir la garantía de un derecho cuando se demuestre el incumplimiento de las obligaciones por parte del Estado.⁸⁸

⁸⁶ D'Elia, Yolanda. Estrategia de promoción de la calidad de vida. La construcción de políticas públicas por la calidad de vida desde una perspectiva de derecho y equidad. Caracas. 2002. Pp 5-10

⁸⁷ Güendel, Ludwing. Políticas públicas y derechos humanos, Revista de Ciencias Sociales, vol. III, N° 97, San José de Costa Rica, pp. 115-123. (2002) (Ibid)

⁸⁸ Fondo de Población de las Naciones Unidas- UNFPA 2006. Población, desigualdad y políticas públicas: un diálogo político estratégico, Caracas. Disponible en: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/admin-resource/Venezuela-Poblacion-desigualdad-y-politicas-publicas.pdf>

Y es que, la información creada a través de estos contratos sociales, deviene en importantísima, pues más allá de la utilidad que pueda dársele para el diagnóstico de realidades y eventual creación, modificación o evaluación de políticas públicas, para el enfoque de derechos, cumple con un objetivo en particular: visibilizar las desigualdades que ocultan los indicadores agregados⁸⁹.

iv) **La progresividad y no regresividad**

Implica que los derechos deben ser reconocidos hacia adelante y no hacia atrás. En este entendido, habrá obligaciones a las que el Estado deberá atender cumpliendo con el establecimiento de “esenciales mínimos”; por otro lado, habrán otras que no podrán ser puestas en práctica de forma inmediata sino gradual. Esto último, en razón a la disponibilidad de recursos que cada Estado maneje y a las variables en cumplimiento de sus deberes, siendo estas, **i)** la dimensión temporal (existen puntos de referencia: metas e indicadores) y **ii)** la prioridad (no puedes atender todas las obligaciones simultáneamente).

Sin perjuicio de todo ello – *y cayendo tal vez en la redundancia* – siempre tomando en cuenta que los derechos deben conservar su nivel de realización y jamás retroceder.

De esta forma, los derechos humanos se levantan para servir como guías para las políticas públicas, viabilizando la materialización de los mismos en favor de la sociedad y fortaleciendo al Estado en tanto mantiene el contacto con la ciudadanía. Vemos entonces, una comunión entre políticas públicas –*promovidas por la administración pública*– y derechos humanos mediante el enfoque de derechos.

⁸⁹ El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: ideas para un debate en ciernes. Cuadernos del Cendes. Año 27. N° 74 2010 Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-los-derechos-humanos-en-las-politicas-publicas-ideas-para-un-debate-en-ciernes.pdf> pp 70-74

CAPITULO III. EL JUEZ CONSTITUCIONAL COMO ACTOR EN MATERIA DE POLITICAS PÚBLICAS

Como lo venimos desarrollando, los paradigmas clásicos en los que se desarrollaba el primer estadio del neoconstitucionalismo ya han sido superados toda vez que nos dirigimos hacia un espacio en el que el eje central sea consolidar el reconocimiento y garantía en el ejercicio de los derechos fundamentales. Bajo este contexto, los jueces constitucionales se consolidaron y legitimaron como promotor de ello, no siendo la excepción a la regla su igual pronunciamiento sobre espacios políticos que son traducidos en las políticas públicas.

Así, vemos que los mismos no solo se pronuncian en un grado “pasivo” sobre las mencionadas políticas públicas al sugerir u orientar, sino que también lo hacen activamente al estructurar, delinear y hasta crearlas; aplicando adecuadamente el enfoque de políticas públicas antes mencionado. Y es que *¿Quién mejor que un operador jurídico para delinear los espacios de extensión que comprende un derecho?*

Sin embargo, como nada es absoluto y aun cuando exista tal posibilidad, hay que seguir observándola con cautela toda vez que el principio de separación de poderes se ve comprometido y con ello toda la estructura constitucional. En este entendido *¿Cómo se debe ejercer ese control constitucional? ¿Cuáles son los límites sobre los que se puede extender el poder de los órganos de control jurisdiccional constitucional? Veamos.*

3.1 El juez constitucional como actor político

Según lo expuesto, el juez constitucional ha tomado un rol activo en el proceso de las políticas públicas cuyo pretexto encuentra fundamento en la defensa de la supremacía de la Constitución y derechos fundamentales a favor de la sociedad, esto desde la década de los cincuenta. Así, para la doctrinaria constitucional Lily Ku Yanasupo “la práctica de la jurisprudencia constitucional es una muestra valiosa de cómo ella ha logrado sortear aquellos puntos que resultaban irreconciliables entre la protección jurídica de los derechos fundamentales y el concepto de políticas públicas. Desde el ámbito doctrinal, la política de las políticas públicas da testimonio de una nueva relación entre el discurso de

los derechos y la perspectiva económica y presupuestal que busca la eficiencia de las políticas públicas”⁹⁰.

Y es que, la jurisdicción constitucional puede aportar positivamente a espacios que tradicionalmente fueron vistos por los poderes políticos y que para efectos de esta investigación recae en las políticas públicas. En este sentido tenemos que:

- Para Robert Dahl⁹¹ y Martin Shapiro⁹², la importancia que desempeña la jurisdicción constitucional al pronunciarse sobre estos temas, guarda relación los límites que puede crear al poder de los gobiernos. Es decir, mediante fundamentos netamente jurídicos que subyace a la protección de los derechos fundamentales, permitiendo a su vez la configuración y consolidación de las democracias constitucionales.
- Para Pedro Sagues⁹³, la intervención de la jurisdicción permite que **i)** no se consagre la impunidad constitucional de los actores políticos, y que **ii)** posibilite la habilitación del derecho a una tutela jurisdiccional efectiva a quienes son víctimas de los mismos, eximidos en principio del control de constitucionalidad.
- En la misma línea de ideas, encontramos a Zagrebelsky⁹⁴, quien cree que dicha intervención crea un eje especial por el que debe ser vista la Constitución, resolviendo no sobre la Constitución, sino según la Constitución, mejorando los métodos de interpretación y motivación de las sentencias judiciales y garantizando – *progresivamente* – el alcance normativo de dicho cuerpo constitucional.

⁹⁰ Omar Sumaria Benavente, Karla Sofía Vasallo Efftha. Un nuevo actor político: La participación de los Tribunales Constitucionales en la Elaboración de las políticas públicas. PUCP. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12794/13351>

⁹¹ Dahl, Robert. *Decisión-making in a democracy: the supreme court as a national policy maker*. 1957 Journal of Public, Law 6, pp. 279-295.

⁹² Shapiro, Martin. *Judicialization of Politics in the United States*. 1994. International Political Science Review, Vol. 15, No. 2, pp. 101-112.

⁹³ SAGUES, Pedro. *Los tribunales constitucionales como agentes de cambios sociales*. 2011. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, Uruguay: Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, pp. 527-541.

⁹⁴ ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil: ley, derechos, justicia*. 1995. Editorial Trotta. Madrid. pp 33-34

- Finalmente, se tiene que la presencia de una jurisdicción constitucional en aspectos “reservados” a entes políticos, también podría ejercer como un agente que no solo promueve cambios sociales, en donde problemas públicos sean abordados adecuadamente bajo un enfoque de derechos (este punto ya fue desarrollado en el capítulo anterior); sino también actúa como agente convalidante de los mismos (al ratificar un determinado cambio empleando parámetros constitucionales)

Ahora bien, es preciso afirmar que, el cuidado que hay que tener sobre la permisibilidad de ello tiene que ser cuidadosamente revisado, toda vez que hay que procurar evitar cualquier extralimitación de sus facultades, pues ello podría generar no solo la vulneración de otros derechos sino también menoscabar principios democrático constitucionales. Por ello, si bien creemos en la existencia de mecanismos de control judicial de las políticas públicas bajo los parámetros que comprende nuestra Constitución, también consideramos que este control debe estar sujeto a límites razonables.

Lastimosamente, es poca la información respecto a los límites que debe encontrar el juez constitucional en aspectos políticos pues es un tema incipiente en América Latina. A pesar de ello, en los siguientes párrafos desarrollaremos algunas ideas de doctrinarios que se pronuncian sobre estos límites a los que los jueces deben estar sujetos:

- Es necesario encontrar un balance entre las herramientas con las que cuentan nuestros jueces constitucionales (Tribunal Constitucional) – *cobrando una especial importancia el control de constitucionalidad* - y el ejercicio del Poder Ejecutivo en cuanto a las competencias que le otorga la Constitución. Así, para Camila Llinás Restrepo y Daniel Currea Moncada, es necesario que se pongan “en uso eficaz los procedimientos ya existentes antes de acudir a los Tribunales, pero también se deben buscar alternativas y mecanismos deliberativos si la situación particular lo requiere” ⁹⁵., pues es inevitable – *como quedó evidenciado* – que los jueces no participen en la consecución no

⁹⁵ Camila Llinás restrepo y Daniel Currea Moncada. Judicialization of Politics: Judicial Review and democratic principles in conflict. Universidad de Bogotá. Disponible en: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/10271870/1.+Judicializaci%C3%B3n+de+la+pol%C3%A9tica.pdf/5c0ce352-3412-4534-adb5-18dad5896768> pp 20

solo del equilibrio de poderes sino también del cumplimiento de la Constitución y reconocimiento de derechos fundamentales.

- Para Cano Blandón, esta participación del juez constitucional debe darse cuando se esté frente a una situación “remedial, residual y temporal”⁹⁶. Remedial en el sentido que ocurrirá ante la inacción de los órganos encargados, residual porque esta actuación judicial debe tomarse como la última opción a tomarse en cuenta y temporal porque el Estado Constitucional de Derecho en su elemento referido a la democracia exige que los asuntos relevantes para una sociedad sean debatidos abierta y públicamente.
- Para Omar Sumaria Benavente y Karla Sofía Vasallo Efftha⁹⁷, la intervención del Tribunal en materia de políticas públicas, únicamente tendría que proceder cuando ya exista una política pública establecida por el Poder Ejecutivo, pues es a través de su comparación con el fallo del órgano de interpretación que operaría el mecanismo de intervención del Tribunal Constitucional en las políticas públicas.
- Para Abramovich y Courtis, el límite en la participación de los jueces debe estar regido por el análisis en la idoneidad de la medida elegida, creándose un ejercicio de control y no de una intervención directa. Para ellos, los jueces constitucionales no pueden sustituir a los poderes políticos en la elección y diseño, aun cuando involucran la materialización de derechos fundamentales⁹⁸.

⁹⁶ Cano Blandón 2010: 102

⁹⁷ Omar Sumaria Benavente, Karla Sofía Vasallo Efftha. Un nuevo actor político: La participación de los Tribunales Constitucionales en la Elaboración de las políticas públicas. PUCP. Recuperado de: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12794/13351>

⁹⁸ ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN ROIG, María José; y COURTIS, Christian. Derechos sociales: instrucciones de uso. México: Editorial Fontamara (2006) pp 71

- Finalmente, pero no por ello menos importante, Ran Hirschl⁹⁹, ha dividido los espacios en los que el juez constitucional actúa de acuerdo a su naturaleza política, siendo estos tres procesos estrechamente relacionados que permitirán obtener juicio respecto a la pertinente intervención del juez constitucional.

Para el autor, el primer proceso implica una “juridificación de las relaciones sociales”, es decir una extensión del discurso legal, reglas y procedimientos no sólo al espacio político sino a todos los espacios de la vida moderna. El segundo de ellos supone la expansión de su competencia con miras a determinar “i) los resultados de las políticas públicas, ii) el alcance de la protección de derechos constitucionales, y iii) los límites de poderes ejecutivos y legislativos. Posteriormente, refiere del tercer proceso que consiste en el abordaje de la “mega política”, siendo esta comprendida como “un espacio de controversias centrales que definen o dividen comunidades políticas enteras; en este espacio las cuestiones sociales, políticas y económicas son vistas ya como problemas constitucionales, como ejemplo tenemos la reconceptualización de matrimonio, eutanasia, entre otros”.¹⁰⁰ Para Hirschl encontraremos los límites de la participación del juez constitucional en el análisis del segundo y del tercero proceso, ya que mientras en el segundo encontramos una justicia que puede devenir en procedimental – y *con ello formal* – e imparcial en su observancia, en el tercero hay un estricto y abierto razonamiento moral y político.

De cualquier manera, estos alcances podrían ser considerados, como no, por el juez constitucional ya que, al final de cuentas, será él mismo quien delineará su espacio de actuación dependiendo de cada contexto jurídico social. – *tal y como se apreciará a partir de la revisión de jurisprudencia de derecho comparado en el capítulo que precede*. Y es que, hasta que no se delimite que es lo que puede ser materia de control constitucional respecto a las políticas públicas (pues recordemos que muchas veces lo que habrá será un

⁹⁹ Hirschl, Ran (2007). *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge MS: Harvard University Press.: Oxford University Press.

¹⁰⁰ Ríos-Figueroa, Julio (2011). *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. En Gretchen Helmke et al. (editores) *Courts in Latin America*. Nueva York: Cambridge University Press 2011: 1).

análisis de aspectos normativos y no una toma de decisiones y de acciones como sí plantea una real intervención en materia de políticas públicas), no podremos saber cuáles son los límites ni proponer un marco que lo promueve o cree aspectos mínimos.

A pesar de ello, nos reafirmamos al creer que, ante cualquier intervención del juez constitucional, esta debe estar debidamente justificada y fundamentada en razones de derecho, todo ello a fin se pueda evitar lo que vamos mencionando a lo largo del desarrollo de la presente investigación y es el respeto por los principios constitucionales que fundan nuestro Estado, siendo estos el principio de separación de poderes y de respeto por la Constitución. En este orden de ideas, la comprensión y especificación de la relación entre lo que le corresponde al juez y lo que le corresponde al legislador es uno de los temas centrales del constitucionalismo moderno¹⁰¹. Erigiéndose como problema principal el crear una línea que los divida o permita un matiz en su cooperación.

¹⁰¹ Bonilla, Daniel. (ed.) (2013). Constitutionalism in the Global South. Nueva York: Cambridge University Press. Página 2

CAPITULO IV. JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y POLITICAS PÚBLICAS. UN ANALISIS DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL

El tema de la actuación del juez constitucional en materia de políticas públicas si bien es cierto es un tema reciente en el ámbito nacional no lo es alrededor de la región ni del mundo. Como ejemplo, en el presente capítulo, desarrollaremos cómo es que otros países (los Estados Unidos de América y la República de Colombia) vienen abordando la cuestión.

De esta manera, por un lado, se buscará hacer una mayor reflexión respecto a los aspectos relevantes que considera cada uno de los países en mención para su propio análisis doctrinario y jurisprudencial – *a efectos meramente teóricos*. Por otra parte, se buscará ampliar el panorama jurisprudencial actual a través del análisis de la sentencia matriz que permitió la participación de nuestro Tribunal en las políticas públicas de educación contenida en los Expedientes N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC (Caso Ley Universitaria) y de salud contenidas en los Expedientes N ° 0033-2010-PI/TC y N ° 03228 2012-PA/TC. Y es que, *¿La jurisprudencia? constitucional puede contribuir a la formulación de políticas públicas? ¿Cómo?*

SUBCAPITULO I. EL ROL DE LAS CORTES CONSTITUCIONALES EN EL DERECHO COMPARADO EN MATERIA DE POLITICAS PUBLICAS

En el presente apartado, analizaremos el comportamiento del juez constitucional en materia de políticas públicas en el derecho comparado. Observamos así **i)** a la Corte Suprema de Estados Unidos de América y **ii)** a la Corte Suprema de Justicia de Colombia; ambos por ser los primeros países en el mundo y en Latinoamérica – respectivamente – en cuanto al desarrollo en doctrina y jurisprudencia respecto a la legítima participación de sus jueces en políticas públicas.

1. El rol de la Suprema Corte de Estados Unidos en materia de políticas públicas.

El artículo III de la Constitución de los Estados Unidos define el alcance de la jurisdicción de los Tribunales Federales limitándolos a observar “casos” y “controversias”. Así, la Corte Suprema ha articulado distintas doctrinas legales emanadas del propio artículo en mención y que restringen su participación a temas

estrictamente “judiciales” (a diferencia de nuestro sistema que evidencia tales espacios a través únicamente de la doctrina). Esto, en razón a los principios constitucionales que buscan resguardar la separación de poderes a partir del “adecuado y adecuadamente limitado papel de los tribunales en una sociedad democrática”¹⁰². Y es que, el entender ello también implica sobretodo tomar en consideración que la resolución de algunos temas es más adecuada en manos de las ramas políticas¹⁰³.

De esta manera, la doctrina que mayor importancia y controversia respecto al límite en la actuación de la Corte Suprema en los Estados Unidos es la doctrina de las *political questions* o *cuestiones políticas* (desarrollada en los capítulos que le anteceden y compartida por nuestro sistema). En este entendido, la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema del país del norte, no solo deviene en amplia, sino que sumamente rigurosa respecto del análisis que reviste cada caso en particular si es que guarda relación con la doctrina mencionada, enriqueciendo poco a poco sus matices en la medida que aumenta el número de casos en los que la doctrina se aplica. Por esta razón, resulta conveniente repasar las sentencias más importantes que la desarrollan: Veamos algunos de estos casos:

Marbury v. Madison (1870)	A partir de esta sentencia la Corte Suprema reconoce la existencia de espacios exentos de control judicial (políticos), aun cuando derechos individuales estén comprometidos . En este entendido, la Corte aclaraba que, si bien podía declarar inconstitucional una Ley, de ninguna manera esto implicaba una suerte de supervisión sobre cómo los poderes políticos ejercen sus poderes discrecionales. Para este punto, el análisis de los jueces respecto a su pronunciamiento o no de estos casos dependía de su prudencia, pues el fin máximo era el mantenimiento de la división de poderes.
--	--

¹⁰² Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 498 (1975).

¹⁰³ Cole, Jared. The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers. Congressional Research Service. Página 2. Recuperado de: <https://fas.org/spp/crs/misc/R43834.pdf>

Baker v. Carr (1962)	La Corte Suprema se pronuncia sobre la Política Exterior. Establece los criterios para determinar cuando estamos frente a un caso “exento de control” que presupone la formulación de la doctrina de las cuestiones políticas. Siendo estos: - Se trata de un poder encomendado por la Constitución a otro órgano constitucional; - Inexistencia o carencia de estándares judiciales apropiados para su enjuiciamiento; - Imposibilidad de la decisión pudiera basarse en fundamentos de carácter político apropiados para un tipo de discreción claramente no judicial; - Imposibilidad de que la decisión judicial no represente una falta de respeto hacia otros poderes constitucionales; - Necesidad de buscar apoyo judicial a una decisión ya tomada; - Situación potencial de emitirse varios pronunciamientos por los distintos órganos constitucionales produciendo desacreditación y vergüenza a la judicatura. Cabe mencionar que la Corte advierte que el análisis de la aplicación de esta doctrina debe darse caso por caso. Asimismo, resulta pertinente señalar que este conjunto de presupuestos combina factores textuales (objetivos) y prudenciales (subjetivos) – <i>aspecto que es duramente criticado por crear un espacio amplio de interpretación.</i>
------------------------------------	--

Zivotofsky v. Clinton (2012)	Es el caso más reciente en materia de cuestiones políticas. Existe un nuevo pronunciamiento de la Corte al limitar el análisis de la doctrina a aspectos meramente textuales, parte de la doctrina considera que a través de esta sentencia, los aspectos prudenciales emitidos por <i>Baker vs Carr</i> quedan abolidos. En este entendido, únicamente pasan a valorar los puntos 1 y 2.
---	---

No está demás precisar que, si bien se ha desarrollado la doctrina de las cuestiones políticas, resulta adecuada para observar el rol de las Cortes Norteamericanas en la materia que investigamos, toda vez que esta ha sido aplicada al momento de analizar la pertenencia de su participación en las mismas (políticas públicas). Tenemos, como ejemplo, su intervención en la política educativa en los casos *Westminster v. Méndez* y *Brown v. Board of Education*; y en las políticas laborales con el caso *Romer v. Evans*. Y es que, para la Corte Suprema de los Estados Unidos, cuando tenga que evaluarse el eventual control constitucional en aspectos otorgados específicamente a un poder del Estado (que en el caso de la presente investigación son las políticas públicas) el análisis recaerá sobre la doctrina de las cuestiones políticas¹⁰⁴ aun cuando derechos fundamentales estén comprometidos – notándose así un rol más pasivo.

2. El rol de la Corte Constitucional de Colombia en materia de políticas públicas.

Como hemos visto, el rol que desempeña la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto a políticas públicas dependerá de la pertinencia de su intervención en cada caso en concreto y obedeciendo los aspectos jurisprudenciales desarrollados; y es que, para este órgano la defensa de la “adecuada y adecuadamente” separación de poderes goza de principal relevancia. Diferente así, es observar la actuación de la Corte Constitucional de Colombia, pues como iremos desarrollando, su intervención va a responder a la concepción que tienen sus jueces respecto a la importancia de la labor que ellos

¹⁰⁴ Para profundizar respecto al razonamiento de la Corte Suprema de los Estados Unidos, véase también *Nixon v. United States*, *Powell v. McCormack*, *Al-Aulaqi v. Obama*, *El-Shifa v. United States*, *Sosa v. Alvarez-Machain*, *Schroder v. Bush*, *United States v. Mandel*.

desempeñan para la **implementación de la Constitución mediante una interpretación amplia de los derechos**¹⁰⁵ de acuerdo a su propio modelo de Estado.

En esta línea de ideas y sin caer en contradicciones, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido el espacio delicado que gozan las políticas públicas en el mantenimiento del orden de poderes constitucional sin por ello abstenerse a participar. Así, a través de una línea jurisprudencial sólida basada en un enfoque de derechos, llega a legitimar su participación pronunciándose acerca de la constitucionalidad de las políticas públicas a través de la presencia de indicadores de constitucionalidad de las mismas aplicando el enfoque de derechos.

Veamos estos **indicadores de constitucionalidad** de las políticas públicas:

STC T-595 de 2002	A través de esta sentencia, podemos observar el primer acercamiento de control judicial de las decisiones de política pública que tuvo la Corte Constitucional Colombiana. A través de ella, la Corte declara vulnerado el derecho a la libertad de locomoción de una persona discapacitada. Y fija tres condiciones de constitucionalidad de las políticas públicas¹⁰⁶, orientadas a garantizar un derecho constitucional, a saber: 1. La política pública debe estar plasmada en un plan, ello implica que no basta con el reconocimiento de un derecho o de una obligación, sino que es necesaria la existencia de un plan que haga efectiva su realización. Desarrollando también marcos mínimos que deben contener los planes o programas mediante los cuales se implemente una política pública.
---------------------------------	--

¹⁰⁵ Henao Pérez, Juan Carlos. El juez constitucional: Um actor de las políticas públicas. pp 74. Recuperado de: <https://www.economiainstitucional.com/esp/vinculos/pdf/No29/henao29.pdf>

¹⁰⁶ Rodríguez Cely, Angélica. Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. Constitutionality indicators of public policies: approach of rights management. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/6132886.pdf>

	2. El plan debe estar encaminado a garantizar el goce efectivo del derecho, ello implica que las obligaciones del Estado no se agotan con el reconocimiento formal de la existencia de un derecho, sino que se requiere de acciones que conduzcan a su realización efectiva. De este criterio la Corte deriva dos situaciones de inconstitucionalidad: i) la existencia de un plan o programa que solo esté escrito y no haya iniciado su ejecución; ii) Si el plan se está ejecutando, éste no responda a los verdaderos problemas y necesidades de los titulares del derecho en cuestión. 3. El plan debe ser sensible a la participación ciudadana, esto es debe permitir la participación de los directamente afectados. De este criterio la Corte deriva dos situaciones de inconstitucionalidad: Que exista un plan que (i) no abra espacios de participación para las diferentes etapas del plan, (ii) que sí brinde espacios, pero éstos sean inocuos y sólo prevean una participación intrascendente. 4. El tiempo, si bien existe un mandato de realización progresiva de los derechos, con el paso del tiempo se hace mayor la exigencia inmediata al estado de una actuación destinada a garantizar estos derechos.
STC T-025 de 2004	Esta sentencia, emitida como consecuencia del litigio estructural (estado de cosas inconstitucional) en la política referida a la población desplazada, permite desconcentrar a las políticas públicas como parte de los discursos de la administración pública y la economía Asimismo, reconoce la presencia de una judicialización de la política pública, implicando con ello que i) tanto el legislativo como el ejecutivo están obligados a desarrollar los fines constitucionales en el ciclo de la política pública; y que, ii) buena parte de la discusión debe darse en términos de derechos y obligaciones. De esta manera, se genera un cambio en el

	enfoque de la política pública – <i>de atención al desplazamiento forzado</i> –, pasando de la propuesta inicial orientada a beneficios por derechos. A partir del análisis de la importancia de las normas jurídicas constitucionales para las políticas públicas y para el cumplimiento de las obligaciones de respeto y garantía del Estado derivadas de la existencia de los derechos fundamentales, estos derechos establecen los objetivos que deben guiar las políticas públicas. Así, reitera la línea jurisprudencial de la constitucionalidad de las políticas públicas orientadas a garantizar un derecho contenidas en la sentencia que antecede y se avanza en su desarrollo, por cuanto se reafirma en otros tres argumentos: 1. Se condiciona la constitucionalidad de una política pública a partir del desarrollo del concepto de Estado Social de Derecho y los deberes constitucionales de las autoridades frente a la dimensión prestacional de los derechos, precisando las implicaciones del mandato de progresividad. 2. Se sistematiza la doctrina del estado de cosas inconstitucional y se establece como consecuencia de la inconstitucionalidad de una política pública. 3. A partir de un juicio de coherencia entre fines y medios, se identifican los medios (acciones u omisiones de las autoridades públicas) constitucionalmente inadmisibles para el desarrollo de las políticas públicas con las que se pretenden garantizar y proteger derechos de carácter prestacional.
--	--

De esta forma, estos problemas estructurales de la política pública contenida en la sentencia en mención, irradian el análisis de constitucionalidad de la política pública y conducen a que en el proceso de seguimiento al cumplimiento de la sentencia T-025 de 2004, se avance en la definición de unos **requisitos mínimos de racionalidad de las políticas públicas** orientadas a garantizar un derecho constitucional. Siendo estos:

La idoneidad

El goce efectivo de los derechos depende que el Estado cree o mantenga las condiciones para dicho goce, adoptando políticas encaminadas a su efectiva realización. Así se establece una relación de medio a fin, entre la política pública y la garantía y protección de los derechos; con lo cual estos mínimos se constituyen en un juicio de idoneidad de medios afines.

La coherencia

La coherencia apunta a que exista correlación entre lo que “promete” el Estado y los recursos económicos y la capacidad institucional para cumplir lo prometido. La coherencia exige que, si el Estado crea un derecho, prevea que debe contar con los recursos para garantizar su goce efectivo y con la capacidad institucional para atender la demanda de servicios generada por la creación de ese derecho específico.

La efectividad

El indicativo anterior, se complementa y se refuerza con el indicador de efectividad, el cual es transversal a todo el análisis efectuado por la Corte, cuyo énfasis está en los resultados, en la garantía efectiva de los derechos en cuestión.

Visto lo anterior, podemos afirmar que, la Corte Constitucional Colombiana, tiene un rol activo en materia de políticas públicas¹⁰⁷ como actor defensor y garante de la Constitución y de los derechos fundamentales del individuo en el marco de un Estado Social de Derecho, pues tal y como comprende el neoconstitucionalismo de su Carta del 91, “la función del juez Constitucional en un Estado Social de Derecho es asegurar el goce

¹⁰⁷ Véase también:

STC T-760 de 2008 STC T-113 de 2009, STC SU-913 de 2009, STC T-724 de 2003, auto 219 de 2011

efectivo, no teórico, de los derechos fundamentales y que, en consecuencia, (...), la Corte Constitucional se ha visto avocada a analizar políticas públicas concretas y ha identificado problemas estructurales en ellas que les impiden garantizar los derechos reconocidos en la Constitución”¹⁰⁸.

SUBCAPITULO II. EL ROL DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE POLITICAS PUBLICAS

Ahora bien, de acuerdo a la línea que hemos planteado para el Subcapítulo I, haremos lo propio para el presente apartado. Así, buscaremos ahondar en los fundamentos y eventuales criterios objetivos establecidos por el mencionado ente constitucional. Y es que, cabe hacernos la pregunta *¿Efectivamente existen dichos criterios? Y de ser así ¿Cuáles son?* En este entendido, en un primer momento, analizaremos la sentencia emitida por nuestro Tribunal Constitucional que – *dentro de las demás en materia de políticas públicas* – ha emitido un razonamiento más profundo – *a nuestro criterio* – respecto a la legitimidad de su participación.

Siendo esta:

1. La política educativa referida al sector universitario. Caso Ley Universitaria (Expedientes 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC)

En esta resolución, el Tribunal Constitucional Peruano desarrollará aspectos relevantes sobre la legitimidad en su intervención dentro del marco de las acciones propias que le competen al Poder Ejecutivo a través de políticas públicas. Esta resolución resulta rica en contenido no sólo por el punto mencionado anteriormente, sino por la posibilidad que nos brinda en relación al contraste que queremos recalcar con el marco legal que permite la actuación de los jueces constitucionales en el derecho comparado a través de su propia jurisprudencia; y que fue expuesta en el apartado anterior. Cabe mencionar, que el desarrollo del presente caso fue uno de alta relevancia social y política dentro de nuestro

¹⁰⁸ Angélica María Rodríguez Cely. Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. Constitutionality indicators of public policies: approach of rights management. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/6132886.pdf> Revisado: 19/07/2019

país; y que, con muchas opiniones a favor y en contra, el Tribunal resolvió a favor de la actuación en materia de políticas públicas. Veamos:

1.1 Estado de la cuestión

La reforma de la educación en el Perú ha sido un proceso. A ojos de la magistrada Ledesma Narváez, podemos encontrar su primer momento en la sentencia del Expediente N° 0017-2008-PI/TC. Aquí, el Tribunal Constitucional, recogió valiosa información de organismos nacionales e internacionales, identificando y visibilizando la profunda crisis de la calidad educativa de la educación superior universitaria. En este sentido, declaró “la existencia de un estado de cosas inconstitucional de carácter estructural en el sistema educativo universitario”, tomando así varias medidas, entre ellas la clausura inmediata y definitiva de toda filial universitaria que no haya sido ratificada o autorizada regularmente; la creación de una Superintendencia para la materia; y la enumeración de diferentes pautas que debían ser exigidas legislativamente para la creación de filiales o facultades¹⁰⁹. Estaríamos en medio de la **identificación del problema**.

Posteriormente y con los ojos puestos en este punto, la Sub Comisión de Educación Superior Universitaria y No Universitaria del Congreso de la República, dentro del marco de actuación legislativa, presentó el “Proyecto de la Nueva Ley Universitaria” en noviembre del año 2006. La misma que al tomar en consideración el desfase de la normativa – *que en ese entonces* – se encontraba vigente en materia educativa universitaria y no universitaria, tomaba como urgente la implementación de una nueva Ley que comprenda los lineamientos de la Política General que venía llevando el Gobierno y con ello, la superación de diversas deficiencias que contenía el sistema educativo. Así, con fecha 09 de julio de 2014 fue publicada en el diario oficial *El Peruano*. Consolidándose con ello, la segunda etapa: el inicio de la solución normativa al problema.

En este entendido, con fecha 14 de julio, 30 de julio y 3 de septiembre del mismo año, el Colegio de Abogados de Lima Norte representado por su decano, Congresistas de la República representado por la congresista Martha Chávez y el Colegio de Abogados de Lima representado por su decano (respectivamente), interpusieron demandas en contra de

¹⁰⁹ RAMÍREZ HUAROTO, Beatriz. El “Estado de Cosas Inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana. Tesis, Escuela de Posgrado Maestría Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica del Perú

los artículos 01, 08, 09, 11-17, 19-23, 27, 28, 35, 56, 59, 78, 84, 109, 115, 116 y 120, de las Disposiciones Complementarias Transitorias *primera, segunda, tercer, cuarta y décima*, de las Disposiciones Complementarias Finales *sexta* y la Disposición Complementaria Derogatoria Única de la Ley Universitaria – N° 30220 por haberse vulnerado presuntamente – entre otros, el artículo 2, incisos 2 (derecho de igualdad ante la ley y prohibición de discriminación), 13 8derecho de libre asociación), 14 (derecho a contratar), 15 (derecho al trabajo y al ejercicio de la profesión) y 16 (derecho a la propiedad); el artículo 17 (derecho a participar en la oferta educativa) y el artículo 18 (garantía institucional de la autonomía universitaria) de nuestra Carta Magna. Con la sentencia de este caso el Tribunal pondría fin al proceso, **confirmando la constitucionalidad de la Nueva Ley.**

1.2 Naturaleza del derecho vulnerado

El principal derecho que busca salvaguardar la Nueva Ley Universitaria – Ley N° 30220 es el derecho a la educación, toda vez que requiere de una reforma urgente tras haberse probado el desfase de su normativa con las exigencias que reclama el presente; y que únicamente crea una esfera negativa en la que el joven universitario peruano es el perjudicado. En este escenario, los derechos conexos al derecho a la educación, buscan también ser protegidos.

Para nuestro Tribunal Constitucional la educación no solo es un derecho fundamental es sí mismo, sino que también se constituye como un medio para la realización de otros derechos fundamentales, toda vez que, permite al ciudadano participar plenamente en la vida social y política ¹¹⁰. De esta manera, se erige como derecho fundamental y como servicio público. ¿Por qué como servicio público? Porque cuando nos referimos al derecho en cuestión, hablamos de una prestación pública que “positiviza” una de las funciones o fines del Estado.

Así, el Estado está obligado a garantizar y mejorar los servicios educativos en función del principio de la dignidad humana¹¹¹. Y es que, a partir del derecho en cuestión, el Tribunal Constitucional observa – *que a nuestro criterio proponemos* – los demás ejes, siendo

¹¹⁰ Tribunal Constitucional Peruano. Expediente 00091-2005-PA/TC, fundamento 6

¹¹¹ Tribunal Constitucional Peruano. Expediente 04232-2004-PA/TC, fundamento 11

estos: La autonomía universitaria, las competencias de la SUNEDU, el requisito de la edad máxima para practicar la docencia universitaria y el requisito del grado de maestro para la enseñanza en pregrado.

Finalmente, no podemos olvidarnos del tinte “político” que contiene el derecho a la educación, pues es el nexo que permite soportar la estructura “tripartita” (juez constitucional, Poder Ejecutivo y políticas públicas) dentro de la investigación. En este sentido, resulta importantísimo mencionar que, según los propios mandatos constitucionales, es el Estado quien ejerce la supervisión constante y permanente, tal y como se desprende de los artículos 14¹¹². y 16¹¹³. de la Carta Magna. En este entender, el derecho materia de análisis responde a una naturaleza de carácter principista, toda vez que tales normas pueden cumplirse en diverso grado y únicamente están comprendidas desde un ámbito sustantivo. Dicho ello, la Constitución no dice cuáles son las acciones que se deben adoptar, sino que, por el contrario, ha optado porque el Estado elija los medios a utilizar. Bien hace el Tribunal, como analizaremos en el apartado siguiente, en ver si es que efectivamente existe la posibilidad o capacidad de control de políticas públicas, pues como ya hemos visto, esa área en principio tendría que ser reservada únicamente al Poder Ejecutivo.

¹¹² Educación para la vida y el trabajo. Los medios de comunicación social
Artículo 14.-

- La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad.
- Es deber del Estado promover el desarrollo científico y tecnológico del país.
- La formación ética y cívica y la enseñanza de la Constitución y de los derechos humanos son obligatorias en todo el proceso educativo civil o militar. La educación religiosa se imparte con respeto a la libertad de las conciencias.
- La enseñanza se imparte, en todos sus niveles, con sujeción a los principios constitucionales y a los fines de la correspondiente institución educativa.
- Los medios de comunicación social deben colaborar con el Estado en la educación y en la formación moral y cultural.

¹¹³ Artículo 16.-

- Tanto el sistema como el régimen educativo son descentralizados.
- El Estado coordina la política educativa. Formula los lineamientos generales de los planes de estudios, así como los requisitos mínimos de la organización de los centros educativos. Supervisa su cumplimiento y la calidad de la educación.
- Es deber del Estado asegurar que nadie se vea impedido de recibir educación adecuada por razón de su situación económica o de limitaciones mentales o físicas.
- Se da prioridad a la educación en la asignación de recursos ordinarios del Presupuesto de la República.

1.3 Análisis del Tribunal Constitucional en materia de políticas públicas: Política pública educativa

Si bien el proceso constitucional empleado para resolver el caso en cuestión fue uno de acción de inconstitucionalidad, dirigido a comparar de forma abstracta la norma o conjunto de normas objetas como inconstitucionales y lo dispuesto expresamente por la Constitución, el Tribunal Constitucional aprovechó el caso al que damos seguimiento para delimitar algunos aspectos doctrinales respecto a su participación en materia de políticas públicas.

En este entender, nuestro intérprete máximo de la Constitución, inicia su razonamiento partiendo del reconocimiento de dos premisas:

- Los órganos de la administración son los únicos que tienen a cargo el diseño, ejecución, evaluación y control de las políticas públicas.
- El Estado debe asegurar el respeto de los derechos reconocidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales vinculantes de derechos humanos. Ello, a partir de la adopción de medidas tanto negativas como positivas. Esto evidentemente podía entenderse como extensivo a las acciones realizadas por el Gobierno a través de políticas públicas¹¹⁴.

A partir de ello, se pregunta si es que a partir de su rol de defensa de la supremacía normativa de la Constitución y los derechos fundamentales puede tener la capacidad para controlar las políticas públicas. Y es que, *¿Qué puntos toma en consideración nuestro Tribunal para responder a esta interrogante?*

- **La constitucionalización del Derecho.** A criterio del Tribunal, sucedería cuando “la configuración de las competencias del Estado (“constitucionalización juridización”), la conformación del sistema de fuentes (“constitucionalización elevación”) y la determinación de los alcances de las diferentes disciplinas jurídicas y sus instituciones (“constitucionalización transformación”)”¹¹⁵ logran ser vistas de acuerdo a los preceptos constitucionales vigentes.

¹¹⁴Como bien es fundamentado a partir de la Sentencia 01176-2004-AA (fundamento 40) y el Caso González y otras contra México 8considerando 282 y 410) .

¹¹⁵Caso Ley Universitaria. Fundamento 14

- **La constitucionalización de la Política.** Aquí, el Tribunal Constitucional afirma que en un Estado Constitucional de Derecho las cuestiones relacionadas a lo político, social o económico – *si bien no son lo mismo* – no pueden ser evaluadas sino de acuerdo a los preceptos constitucionales vigentes. Menciona la existencia de espacios que, por su naturaleza, no deben ser vistas en sede jurisdiccional, más no profundiza en ellos.
- **Desconfianza en el quehacer estatal por parte de la sociedad** que provoca que los jueces constitucionales no solo controlen sino sugieran y tengan iniciativas frente a las políticas públicas a fin se pueda asegurar la constitucionalidad de las mismas. Así, nuestro Tribunal reconoce este trabajo a partir del ejemplo de las denominadas “sentencias estructurales”.
- **Existencia de una labor de integración social (por parte del Tribunal),** y que supone un intento de consolidación de un clima de ausencia de conflictos o de solución rápida y eficaz de los ya existentes.

Y es que, posterior a ello, menciona que efectivamente vino participando en el control de la legitimidad constitucional de medidas relacionadas con:

- La provisión de agua potable (STC 03333-2012-AA/TC)
- La circulación de vehículos usados con timón cambiado (STC 02500- 2011-AA/TC)
- El consumo de bebidas alcohólicas (STC 00850-2008-AA/TC)
- El combate contra el tráfico ilícito de drogas (STC 00033-2007-AI/TC)
- La infancia y los programas sociales (STC 01817-2009-HC/TC, El 1 I), entre muchas otras.

De esta manera, el Tribunal pone fin a la interrogante referida a su capacidad para controlar políticas públicas cuando señala que su participación únicamente será la de verificar que de la aplicación de las mismas no surjan vulneraciones de derechos o que estos se afecten por su omisión de acuerdo a los fundamentos esbozados anteriormente.

En este sentido, para el caso en particular que versa sobre el derecho a la educación, el Tribunal al evaluar su naturaleza de derecho fundamental y servicio público – *resolviendo con los presentes argumentos el tercer punto referido a su naturaleza y que fue desarrollado en el apartado anterior* – llega a la conclusión que nada impediría que no pueda controlar la conformidad de las políticas públicas en relación al mismo. En conclusión, se permite no solo **i)** controlar la legitimidad constitucional de las políticas públicas, sino también **ii)** su ausencia.

1.4 Observaciones

Como bien volvemos a remarcar, aplaudimos que nuestro Tribunal Constitucional haya analizado el caso en cuestión bajo los lentes de las políticas públicas, para luego reconocer que las mismas pueden ser objeto en su diseño, implementación y eventual ejecución únicamente por parte del Poder Ejecutivo – *tal y como lo señala la Constitución Política del Estado* –.

En concordancia con ello, esbozó argumentos para sostener su participación dentro de la política pública referida a educación que era cuestionada por parte de los demandantes, que posteriormente fue permitida por ellos mismos. Así, se pueden identificar cinco fundamentos; que para efectos de la investigación y por razones meramente prácticas, se hará un cuadro en el que se enumerarán (izquierda) cuatro de dichos argumentos y las observaciones que hallamos en función a lo desarrollado. El quinto tendrá un tratamiento especial toda vez que compromete la observancia de otras sentencias.

ARGUMENTOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	OBSERVACIONES
La constitucionalización del Derecho	Efectivamente, tal y como sostiene nuestro Tribunal, la constitucionalización del Derecho prevé una suerte de “inundación” en todo el ordenamiento que comprende el Estado. Ello, se ha podido demostrar a través de una mayor profundización sobre el desarrollo de los derechos fundamentales en concordancia con el Estado Constitucional de Derecho y la segunda etapa del neoconstitucionalismo.
La constitucionalización de la Política	A efectos de la investigación, este punto fue observado según los aspectos doctrinarios que contiene la “<i>judicialización de la política</i>”. Creemos que, antes de una “<i>constitucionalización de la política</i>” debe darse una judicialización de la misma, pues solo así podría inundar la ola del constitucionalismo sobre ella. En otras palabras, el juez constitucional tendría que, primero, ver su legitimidad en la participación de asuntos netamente competentes al sector político del Estado para luego ver si es que a partir de la misma (<i>su participación</i>) puede ser el actor que permita que la constitucionalización llegue o si por el contrario, el Poder Ejecutivo sea el actor adecuado. Lastimosamente, este es uno de los puntos más importantes que deben superar los jueces constitucionales si es que buscan legitimidad en su participación dentro de las políticas públicas; el mismo que no fue superado al no haber una mayor profundización. Y es que, debemos entender que el

	Estado busca siempre un orden y una estructura que siempre cree balance, ese balance debe ser cuidadosamente tratado ya que de lo contrario entraríamos en un Estado caótico. Nuestro Tribunal, al obviar ese aspecto no permite sostener completamente su legitimidad, cayendo en una especie de arbitrariedad. En un Estado Constitucional de Derecho no pueden permitirse las mega instituciones, más aún si es que estas están en un proceso de fortalecimiento.
Desconfianza en el quehacer estatal por parte de la sociedad	Efectivamente, ambas son causas de la participación activa que han tenido los jueces constitucionales en aspectos que se tenían por otorgados al Poder Ejecutivo. Sin embargo, como bien se ha tratado de señalar, no consideramos que sean suficientes, pues un tema tan delicado como este tendría que estar respaldado por criterios técnico – jurídicos.
Existencia de una labor de integración social (por parte del Tribunal)	

Posteriormente, resulta también importante analizar el conjunto de sentencias a las que hace mención el máximo intérprete de la Constitución. La metodología en su análisis será la misma que antecede:

Nº DE EXPEDIENTE	OBSERVACIONES
03333-2012-PA/TC¹¹⁶.	Estamos en el presente caso ante un recurso de agravio constitucional, interpuesto a fin se pueda restituir el servicio de agua potable por parte de la empresa abastecedora de servicios por la supuesta vulneración de los derechos a la salud, a la vida y a la dignidad.

¹¹⁶ Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N.º 03333-2012-PA/TC. Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03333-2012-AA.html>

	Aun cuando el expediente en mención es citado como jurisprudencia en la sentencia del caso Ley Universitaria, no existe una participación por parte del Tribunal en materia de políticas públicas, toda vez que se limita a reconocer las competencias que el Poder Ejecutivo tiene. Así, se tiene en el fundamento 3.3.4: “En efecto este rol social y la obligación de protección (antes anotados) exigen del Estado constitucional la adopción de políticas públicas tendentes a preservar el derecho en mención, que posibiliten el anhelado crecimiento sostenido del país y que garanticen que la sociedad en su conjunto no se vea perjudicada ante su eventual carencia en el corto, mediano y largo plazo”.
02500-2011-PA/TC¹¹⁷.	Estamos en el presente caso ante un recurso de agravio constitucional, interpuesto a fin se inapliquen los efectos del Decreto de Urgencia N° 050-2008 referido a la importación de vehículos usados de transporte terrestre por la supuesta vulneración de los derechos al trabajo y libertad de empresa, contratación y de iniciativa privada. Aun cuando el expediente en mención es citado como jurisprudencia en la sentencia del caso Ley Universitaria, no existe una participación por parte del Tribunal en materia de políticas públicas, toda vez que se limita a recomendar las acciones que debería tomar el Poder Ejecutivo. No hay injerencia directa.

¹¹⁷ Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N.º 02500-2011-PA/TC Recuperado de:
<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02500-2011-AA.html>

	Así se tiene en el fundamento 9: “No obstante, lo expuesto, llama la atención de este Colegiado el desinterés, tanto del Estado como de la sociedad, sobre la problemática del aire, razón por la que se hace necesaria una intervención concreta, dinámica y eficiente del Estado dado que el derecho a la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención, no siendo constitucionalmente admisible la postergación de tales políticas públicas”.
00850-2008-PA/TC¹¹⁸.	Estamos en el presente caso ante un recurso de agravio constitucional, interpuesto a fin se inapliquen la Ordenanza N° 259-CDLO referida a la prohibición en la comercialización de bebida alcohólicas desde las 23:00 hasta las 11:00 horas por la supuesta vulneración de los derechos de libertad de empresa e igualdad. Aun cuando el expediente en mención es citado como jurisprudencia en la sentencia del caso Ley Universitaria, no existe una participación por parte del Tribunal en materia de políticas públicas, toda vez que se limita a recomendar las acciones que debería tomar el Poder Ejecutivo. No hay injerencia directa. Así se tiene en el fundamento 9: “No obstante, lo expuesto, llama la atención de este Colegiado el desinterés, tanto del Estado como de la sociedad, sobre la problemática del aire, razón por la que se hace necesaria una intervención concreta, dinámica y eficiente del Estado dado que el derecho a

¹¹⁸ Tribunal Constitucional Peruano. EXP. N.º 00850-2008-PA/TC Recuperado de: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00850-2008-AA.html>

	la salud se presenta como un derecho exigible y, como tal, de ineludible atención, no siendo constitucionalmente admisible la postergación de tales políticas públicas ”.
00033-2007-PI/TC ¹¹⁹ .	Estamos en el presente caso ante una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 7 de la Ley N° 27765 – Ley Penal contra el Lavado de Activos recurso de agravio constitucional, interpuesto a fin sea declarado inconstitucional por la supuesta vulneración de derecho a la igualdad e infracción de los fines de las penas. Aun cuando el expediente en mención es citado como jurisprudencia en la sentencia del caso Ley Universitaria, no existe una participación por parte del Tribunal en materia de políticas públicas, toda vez que se limita a interpretar el contenido referido al fin resocializador de la pena de la Política Criminal, pretendiendo decir que es lo que más debe tomarse en cuenta. No hay injerencia directa. Así se tiene en el fundamento 27: En consecuencia, el Estado en ejercicio de su potestad punitiva diseña la política criminal que incluyen el deber de protección de la ciudadanía en general y la finalidad "resocializadora" del régimen penitenciario. (...) En tal sentido muchas veces se han generado antinomias (tensiones) entre estos dos fines: uno, que persigue la intimidación y la protección de la sociedad y; el otro que busca la resocialización. Por esta razón

¹¹⁹ Tribunal Constitucional Peruano. 00033-2007-PI/TC. Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/00033-2007-AI.pdf>

	es necesario interpretar en el presente caso cuál es el principio que va a dominar la política criminal en los delitos de lavado de activos provenientes del narcotráfico sin, obviamente, vaciar de contenido la resocialización en tanto principio constitucionalmente reconocido.
01817-2009-PHC/TC¹²⁰.	No hay contenido sobre políticas públicas.

Como vemos, ninguna de las sentencias en mención puede comprobar la legitimidad de la participación en materia de políticas públicas que tuvo el Tribunal Constitucional, toda vez que no se aprecia que efectivamente se haya dado. Y es que, únicamente, se aprecian recomendaciones o interpretaciones del contenido de la propia normativa por parte del órgano constitucional, mismas que a nuestro criterio resultan totalmente válidas e incuestionables de acuerdo a la naturaleza constitucional, jurídica y política que goza. No resultaría entonces, pertinente para sostener su legitimidad el listado de las sentencias analizadas.

Lastimosamente, de manera muy rápida nuestro Tribunal pone fin al cuestionamiento en la legitimidad de su capacidad para controlar políticas públicas, señalando que podrá intervenir cuando de la aplicación de las mismas (las políticas públicas) surjan vulneraciones de derechos o estos se afecten por su omisión. Pero, *¿Siempre intervendrá cuando exista vulneración? ¿Lo hará de oficio, de parte o ambas? ¿Cuándo es que habrá omisión? ¿Quién determina cuando hay omisión? Cuando hablan de un rol de “verificador” ¿Sólo entonces podrán valorar la normativa ya vigente? Si eso es así ¿Cómo es que intervinieron abiertamente en la Política Educativa a través de la Sentencia anterior al Caso Ley Universitaria?*

¹²⁰ Tribunal Constitucional Peruano. 01817-2009-PHC/TC Recuperado de: <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01817-2009-HC.pdf>

A pesar de ello, no dejamos de creer que, la intervención del juez constitucional es válida no sólo por su apoyo a la consolidación de derechos fundamentales sino por el respaldo según los nuevos estándares constitucionales. Sin perjuicio de ello, esta debe estar debidamente justificada y fundamentada en razones de derecho, todo ello a fin se pueda evitar la vulneración a los principios constitucionales que fundan nuestro Estado, siendo estos el principio de separación de poderes y de respeto por la Constitución. Nos remitimos a lo indicado en el tercer capítulo referido al juez constitucional.

Sin perjuicio de ello, esta idea que va consolidando la presente investigación, no podría ser agotada sin antes proceder a observar dos sentencias en materia de la política pública de salud, una de ellas anterior al caso ley Universitaria y la otra posterior. Este punto es sumamente rico, pues no solo nos posibilita ver un antes y un después del pronunciamiento de la sentencia matriz en políticas públicas, sino que también el razonamiento que tiene nuestro Tribunal Constitucional.

2. El Tribunal Constitucional Peruano en la política de salud. Análisis de los expedientes N° 0033-2010-PI/TC Y N° 03228 2012-PA/TC

Las diversas sentencias en materia de salud emitidas por nuestro Tribunal son numerosas, sin embargo, son dos las que se pronunciarán sobre políticas públicas. En este sentido, las sentencias recaídas en los expedientes N° 03228-2012-AA y N° 00033-2010-PI resultan interesantes a tomar en cuenta porque no solo emiten un pronunciamiento efectivo sobre los instrumentos mencionados, sino que desarrollan el marco que debe tener la política pública de salud. Cabe mencionar que su pertinencia en la investigación recae en la temporalidad de la sentencia; mientras que la sentencia del expediente N° 00033-2010-PI es decidida anteriormente a la del caso Ley Universitaria, la contenida en la del N° 03228-2012-AA es posterior.

Observemos, en este sentido, como va encaminando – o no – su participación en las políticas públicas.

2.1 Estado de la cuestión

Mencionado lo anterior, *¿De qué nos hablan estas sentencias?* La primera sentencia se encuentra referida a un proceso de amparo en contra de ESALUD por el reuso de material quirúrgico biomédico luego de su esterilización. La segunda de ellas – *contenida en una*

acción de inconstitucionalidad – va en contra de los artículos 17 y 21 de la Ley N° 29344 (Ley marco de aseguramiento universal de salud), mismos que – *supuestamente* – no solo pretendían limitar el acceso a la atención de enfermedades no contempladas en el Plan Esencial de Aseguramiento en Salud (PEAS) sino que también dejaba a la deriva a las personas que siendo excluidas en su atención (al no haber establecido ningún mecanismo en caso se tratara de enfermedades no cubiertas por el PEAS). Ambos expedientes referidos a una presunta vulneración al derecho a la salud.

2.2 Naturaleza del derecho vulnerado

Para el Tribunal Constitucional, el derecho a la salud se erige como un derecho constitucional. Conforme señala el artículo 7 de la Constitución, “Todos tienen **derecho a la protección de su salud**, la del medio familiar y la de la comunidad (...), **así como el deber de contribuir a su promoción y defensa**. (...)”.

En este entendido la jurisprudencia constitucional nacional le reconoce (al derecho a la salud) una doble dimensión que se orientará a encaminar *un estado de salud pleno*. Bajo lo señalado, el primer aspecto lo encontramos a través de la sentencia contenida en el expediente N° 1429-2002-HC/TC, misma que indica que, el derecho a la salud en cuanto a su contenido o ámbito de protección consistirá en la “facultad inherente a todo ser humano de conservar un estado de normalidad orgánica funcional, tanto física como psíquica, así como de restituirlo ante una situación de perturbación del mismo” ¹²¹. El segundo de ellos, contenido en la sentencia del expediente N° STC 1429-2002-HC/TC, nos remite a su proyección; así el derecho a la salud, “se proyecta como la conservación y el restablecimiento de ese estado” ¹²².

Finalmente señala que, este derecho está ligado directamente a la conservación del mismo, indicando que el derecho constitucional a la salud comprenderá a su vez, el derecho de acceso y goce de las prestaciones de salud. Y es que *¿Cómo puede conservarse la salud sin un acceso y goce de las prestaciones que corresponden?* En consecuencia y en palabras de Juan Carlos Ruiz Molleda, “una denegación arbitraria o ilegal del acceso a la prestación, una restricción arbitraria de la prestación, una perturbación en el goce de

¹²¹ Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 1429-2002-HC/TC Recuperado de: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/01429-2002-HC.html>

¹²² Ídem

la misma o, finalmente, una exclusión o separación arbitraria o ilegal de la prestación, constituyen lesiones del derecho constitucional a la salud”¹²³..

2.3. Análisis del Tribunal Constitucional en materia de políticas públicas: Política pública de la salud

2.3.1. Expediente N° 00333-2010-PI/TC

El Tribunal Constitucional con fecha 10 de abril de 2012, a partir de la sentencia contenida en el expediente referido viabiliza su participación en la política pública de salud. En este sentido, comienza reconociendo que, si bien es cierto es el Poder Ejecutivo (mediante el Ministerio de Salud y la SUNASA) quien goza de la competencia de determinar la política nacional de salud según el artículo 9 de la Ley Fundamental; ello no es impedimento para que los órganos constitucionalmente encargados de garantizar el derecho a la salud puedan prestar atención pues los problemas existentes en las instituciones encargadas del aseguramiento en el régimen contributivo en el ámbito de la salud (entre ellos EsSalud) no son pocos.

Sobre esta base – *que a nuestro criterio resulta muy escueta y poco profunda* – legitima su participación y precisa el marco de intervención de la jurisdicción constitucional en el control de la progresividad de la prestación de servicios de salud en base a dos argumentos:

- La progresividad que contiene la cobertura de salud (al ser considerado el derecho a la salud como derecho social) implica un “deber jurídicamente exigible” por parte de del Estado (Ministerio de Salud), mismo que abarca la adopción de medidas constantes y eficaces para lograr progresivamente la plena efectividad de los mismos en igualdad de condiciones para la totalidad de la población.

¹²³ RUIS MOLLEDA, Juan Carlos. Hacia un parámetro del control constitucional de políticas públicas en materia de salud. Recuperado de: <https://www.enfoquederecho.com/2019/01/30/hacia-un-parametro-del-control-constitucional-de-las-politicas-publicas-en-materia-de-salud/>

- Que estos derechos sean reconocidos implica además de la obligación mencionada en el punto anterior, la necesidad de imponer metas cuantificables para garantizarlo (el derecho a la salud).

De esta forma, si bien es cierto que con las bases que se mencionaron en el primer párrafo viabiliza su participación en la política pública de salud, a través de los dos argumentos señalados, legitima su pronunciamiento, pero no en el ámbito de las políticas públicas en estricto, sino en la progresividad de los derechos sociales y que en el caso bajo análisis recae en el derecho a la salud. Veamos:

“29. En este sentido, el Tribunal recuerda que aun cuando las *formas o medios* empleados para avanzar en la cobertura de aseguramiento de los afiliados independientes de EsSalud constituye un asunto que corresponde elegir y definir a las autoridades políticas y administrativas competentes, **ello no priva de la competencia de los Tribunales para controlar el cumplimiento o la eficacia del deber de progresividad** (...)”

Sin profundizar mucho en lo indicado al venir a ser desarrollado después, el Tribunal fija el marco de intervención de la judicatura constitucional en el **control de la progresividad de la prestación de servicios de salud, siendo estos:**

- **La existencia de planes concretos.** Que se dirijan a conseguir la gradualidad a favor de la progresividad del derecho a la salud.
- **Realización de acciones concretas,** que busquen la ejecución del plan. Es decir, ponerlo en práctica.
- **Incorporación del enfoque de derechos.** Siendo que los diseños de las políticas públicas sean respetando los derechos fundamentales (protección mínima de los mismos).
- **Existencia de indicadores.** Que permitan i) **verificar y evaluar los planes y programas** “hasta el máximo de los recursos disponibles” para lograr progresivamente la satisfacción del derecho y ii) controlar si en el

proceso de dicha política se brindaron espacios en donde los ciudadanos involucrados intervinieron.

2.3.2. Expediente N° 03228 2012-PA/TC

Cumpliendo con lo esbozado en el párrafo introductorio al presente acápite, se encuentra la emisión de esta sentencia posterior a la del caso Ley Universitaria, de fecha – **valga la precisión** – 10 de mayo de 2016. Resulta importante ver entonces, cuál ha sido el razonamiento aplicado por nuestro Tribunal para este caso en particular.

En principio el Tribunal Constitucional parte por reconocer que:

- Un servicio de salud adecuado es parte del derecho a la salud y como tal responde a su contenido normativo definido en la Constitución, los tratados internacionales, la interpretación autorizada del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en cuanto a su prestación en condiciones de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad), e incluso en leyes de desarrollo constitucional.
- La creación de un sistema orientado a cumplir dicho contenido normativo depende únicamente de decisiones de política institucional, traducidas en entes políticos específicos. En este sentido, reconoce que estos entes se encuentran muchas veces limitados, no solo por la disponibilidad de recursos sino por la numerosa cantidad de necesidades y exigencias de la población. Sin embargo, precisa que no por ello, no debe plasmarse su cumplimiento, sino que debe hacer progresivamente a fin se alcance la plena efectividad de todos los componentes de este derecho. Idea que también es reiterada en el argumento 35:

“35. A la judicatura constitucional, como es obvio, no le corresponde suplir al legislador o a la autoridad nacional en salud, en este caso, el Ministerio de Salud, en la definición de las políticas públicas orientadas a la satisfacción de los diversos elementos integrantes del derecho a la salud, ni en las decisiones que se adopten para hacer efectiva la realización de este derecho, pues ello significaría afectar las

competencias deliberativas y técnicas de estos órganos en la formulación e implementación de dichas políticas. No obstante, dejar la suerte del derecho a la salud solo en la voluntad de quienes formulan y ejecutan las políticas públicas en salud resulta también inadecuado desde un punto de vista constitucional.”

En esta línea de ideas y muy atinadamente a nuestra opinión, el Tribunal se pregunta “*¿Cuál es el rol que puede asumir la judicatura constitucional en la concreción práctica del derecho a la salud? y ¿Qué ámbito de normatividad le queda por controlar, de cara a lograr la vigencia efectiva de este derecho?*”

Así, en un primer momento justifica el control de políticas públicas en la labor que le otorga la propia Constitución en las funciones de interpretación y control de constitucionalidad y que crea en sí misma la tarea de **integración social y que a su vez implica** tareas de i) cohesión social (la sociedad debe identificarse con la dinámica económica, política y social), ii) inclusión, iii) desarrollo de proyecto de reconciliación 3(solución de conflictos sociales) y iv) mejor escenario social (evitando nuevos conflictos).

En este sentido, señala que cuando los órganos responsables dejen de cumplir con estas obligaciones de materialización para alcanzar la efectividad de esta clase de derechos, cabe habilitar su participación. Imponiéndose como límite la imposibilidad de “fijar el contenido de las políticas públicas en salud”, sino únicamente “examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas de llevar adelante políticas o acciones orientadas a realizar el derecho a la salud.” Posteriormente se remite a los criterios de constitucionalidad en materia de políticas públicas de salud señalados en la sentencia anterior.

Finalmente, vuelve a incidir en que “**no es parte de su competencia determinar el curso de la política pública, ni exigir en cualquier circunstancia resultados concretos en salud**”, más si lo es el “controlar el accionar de las autoridades involucradas de cara a determinar si han incurrido en alguno de los déficits arriba explicitados”.

2.4 Observaciones

Obedeciendo a fines didácticos, las observaciones de las sentencias en materia de políticas públicas realizadas a los dos expedientes desarrollados, serán expuestas en un cuadro. Veamos:

EXPEDIENTE	OBSERVACIONES
N° 00333-2010-PI/TC	La presente acción de inconstitucionalidad es anterior al fallo del caso Ley Universitaria, en ese entendido no tendría por qué observar sus lineamientos. A pesar de ello, son tres aspectos los que la presente sentencia nos deja y son importantes resaltar: 1. En un primer momento, cae en el mismo error identificado en la sentencia matriz, pues no legitima su participación en materia de políticas públicas a través de argumentos concretos. Así, aun cuando reconoce la competencia del Poder Ejecutivo como ente a desarrollar la política pública de salud, toma como suficiente el fundamento referido a la garantía del derecho a la salud que debe atender como órgano constitucional. 2. No obstante – <i>y no siguiendo el canal por el que pensábamos que iría al legitimarse inadecuadamente</i> –, mientras más se va desarrollando la sentencia, el propio Tribunal reconoce que su participación no podría ser en el marco de las políticas públicas en estricto, sino que únicamente cuando del control constitucional se busque analizar la progresividad en la prestación de servicios de salud. Es decir, limitando (a nuestro entender) su participación cuando ya exista una política pública que controlar.

	3. En dicho sentido, fija el marco de intervención de la jurisdicción constitucional en el control de dicha progresividad en el derecho social de la salud, estableciendo cuatro aspectos como criterios a observar. Dicho ello, <i>¿No es acaso lo mismo que la Corte Constitucional de Colombia hizo a través del establecimiento de tres condiciones de constitucionalidad mediante la sentencia T-595 de 2002?</i> Y es que al hacer un comparativo entre ambos, el contenido es similar pero que al fin y al cabo buscan delimitar cual debe ser el espacio en el que la jurisdicción constitucional se pronuncie.
Expediente N° 03228 2012-PA/TC	La presente demanda de amparo es posterior al fallo del caso Ley Universitaria, en ese entendido observaremos sus lineamientos. Así son tres aspectos los que la presente sentencia nos deja y son importantes resaltar: 1. Para el Tribunal Constitucional la realización del cuerpo normativo que delinea el derecho a la salud responde a decisiones de política institucional, traducidas en entes políticos específicos; mismo cuerpo que muchas veces será limitado sin que ello implique omisión en cuanto a su atención. Así, su efectividad debe hacerse progresivamente. 2. No entrando en contradicción con lo señalado en el párrafo anterior, el Tribunal reconoce que tampoco resulta adecuado dejar a la suerte el derecho a la salud, esperando y estando a disposición del momento en el que aquellos “entes competentes” se pronuncien. En esta línea de ideas, bien hace al dibujar – <i>a nuestro criterio</i> – con mucha responsabilidad cuál debe ser su rol en la búsqueda de concreción práctica del derecho a la salud y qué espacio

	normativo <u>le queda por controlar</u>, dando a entender con ello que su rol será de carácter residual. 3. En esta línea de ideas, presenta la tarea de integración social (que fue también considerada en el caso Ley Universitaria) como parte de la labor de interpretación y control de constitucionalidad que la Constitución le otorga, y en ese sentido se considera apto para pronunciarse en tanto i) los responsables dejen (implica una acción ya adoptada y que dejó de ejecutarse) de cumplir con estas obligaciones de materialización del derecho a la salud y ii) Nunca pretenda fijar el contenido de las políticas públicas (pues no es parte de su competencia determinar el curso de la política pública ni exigir resultados de la misma), sino únicamente examinar si las autoridades políticas han desatendido sus obligaciones constitucionalmente establecidas mediante el control del accionar de las mismas de cara al análisis de los criterios de constitucionalidad esbozados en la sentencia anterior. 4. Vemos así, que el Tribunal en la presente sentencia deja el papel agresivo que se percibía en la sentencia del caso Ley Universitaria en cuanto a la participación que pretendía ejercer en materia de políticas públicas cada vez que se vulneraba un derecho fundamental, para transitar hacia un camino más medido y cuidadoso en cuanto a su intervención, dejando implícita la idea que las competencias otorgadas de manera exclusiva a un determinado poder o ente deben prouar ser mantenidas de tal forma, a no ser que el análisis de cada caso en concreto – <i>y que aquí recaía en la política de salud</i> – lo amerite.
--	--

	5. Cabe resaltar que la acción de inconstitucionalidad fue declarada infundada en tanto – <i>dentro de otros fundamentos</i> – el Tribunal reconoció que «el “margen adecuado de seguridad” no puede ser determinado por este Tribunal, dado que dicha decisión debe ser adoptada por las autoridades sanitarias pertinentes en el marco de sus competencias». 6. Finalmente, también es importante precisar que, aun cuando la presente sentencia es una posterior al caso Ley Universitaria, la misma no fue observada en lo mínimo, sino únicamente respecto al argumento que permite sostener la participación del Tribunal Constitucional – en ambos casos – y es la integración social.
--	---

De esta manera, a partir del análisis de la política de salud, hemos ahondado en los fundamentos y eventuales criterios objetivos establecidos por el mencionado ente constitucional, dando por efectiva la aparición de los mismos. Sin embargo, **sin aun superar legítimamente su participación en la materia.** Y es que, aunado a ello, mientras vemos un rol más activo y “agresivo” en cuanto a su intervención en el caso Ley Universitaria, el rol dentro de la política de salud que desempeña nuestro Tribunal es más pasivo – *aun cuando desarrolla criterios de constitucionalidad para tratar las mismas.* Convendría entonces (a criterio nuestro) bosquejar un marco de acción en materia de políticas públicas **válido y legítimo** – *referido a nuestro Tribunal* – y no como observamos, uno lleno de contradicciones y ambigüedades. La tarea de esbozar fundamentos que busquen tratar mínimamente los puntos desarrollados en el presente trabajo de investigación, permitiría tener un mejor panorama respecto a qué grado de intervención constitucional resulta pertinente y coherente con las necesidades actuales de nuestro país. En este entendido, no dudamos que la jurisdicción constitucional consolide y promueve el reconocimiento de derechos fundamentales, pero sólo si es que se da dentro de un marco constitucional correcto.

CONCLUSIONES

En atención a los objetivos planteados en el proyecto de investigación que promovió la presente investigación, se alcanzaron las siguientes conclusiones:

Primera. El desarrollo de las características hacia la presencia del Estado moderno guarda una estrecha y directa relación con los derechos fundamentales. Así, en el modelo de Estado Constitucional de Derecho, se erige la jurisdicción constitucional abocada a su defensa y garantía, ocupando (los derechos fundamentales) con más fuerza el eje central de toda actuación pública.

Segunda. En este sentido, la segunda etapa del neoconstitucionalismo contemporáneo fundamenta y da un nuevo contorno a los elementos del Estado en cuanto a la supremacía constitucional y la democracia, superando sus primeros estadios (versión democrática formal: valor del procedimiento democrático) y pasando hacia una revalorización en el contenido (versión constitucional: valor de los principios, valores y derechos fundamentales). Permitiendo la posibilidad de una legitimación democrática del juez constitucional acorde a una función gubernativa dentro de su reconocida naturaleza política y así, la matización en las competencias tradicionales de los poderes no políticos.

Tercera. La jurisdicción constitucional (representada por el Tribunal Constitucional) abraza una naturaleza tridimensional. En este sentido, no solo presenta características propias de un **órgano constitucional**, sino que también **jurídico** (al asegurar el principio de supremacía de la Constitución y la vigencia y eficacia de los derechos fundamentales) y **político** (al actuar como vocero del poder constituyente – *sin entenderse este último tradicionalmente, como vimos*). A pesar de ello, el argumento contramayoritario en el rol de la jurisdicción constitucional se rehúsa a que el juez constitucional revise actos propios de otros poderes al encontrar una tensión entre Constitución y democracia, control constitucional y regla de la mayoría. Sin embargo, como bien ya se desarrolló, estos aspectos conceptuales dejaron de ser contradictorios entre sí.

Cuarta. La Constitución Política y la Ley le otorgan al Poder Ejecutivo la competencia exclusiva en materia de políticas públicas; es decir, quien debe formular la las políticas públicas en el país debe ser el Poder Ejecutivo. Sin embargo, la doctrina política no ha excluido a otros actores para su eventual participación en el proceso de estructuración de las mismas. Así, los jueces constitucionales se han pronunciado e instaurado como actores activos en cuestiones inicialmente no otorgadas constitucionalmente ante el déficit de la actuación de los actores clásicos, generando la presencia de una injerencia en las competencias primigeniamente delineadas constitucionalmente a favor del poder en mención. Así, aunque existan postulados en contra de ello, a partir de la óptica señalada en la primera conclusión, se crea un ambiente a su favor por parte de la doctrina.

Quinta. Las políticas públicas y los derechos fundamentales dejaron de ser vistos como discursos aislados, en este entendido, dicho punto de conciliación se instituye en la presencia de **un enfoque de derechos de las políticas públicas**. Este enfoque hace referencia al deber que tienen los Estados de construir sus políticas en función al marco normativo internacional y nacional de protección de derechos fundamentales, actuando así, como una especie de eje de acción en la formación de la decisión pública. En este sentido, la relación originada por el mencionado punto de encuentro es una de carácter horizontal y directo; así la jurisdicción constitucional se posiciona como un actor adecuado, relevante y apto (según los conceptos desarrollados) para participar en el enfoque de derechos de las políticas públicas.

Sexta. Las políticas públicas y los derechos fundamentales dejaron de ser vistos como “discursos” aislados. El punto de encuentro se instituye en la presencia de **un enfoque de derechos de las políticas públicas**. Este enfoque hace referencia al deber que tienen los Estados de construir sus políticas en función al marco normativo internacional y nacional de protección de derechos fundamentales, actuando así, como una especie de eje de acción en la formación de la decisión pública. En este sentido, esta “convergencia”, es una de carácter horizontal y directo dando como resultado una jurisdicción constitucional que se posiciona como un actor adecuado, relevante y apto para participar en el enfoque de derechos de las políticas públicas.

Sétimo. La permisibilidad del juez constitucional como actor en las políticas públicas puede traer aportes positivos al orden constitucional (tales como la consolidación de la democracia, el límite del poder gubernamental, su presencia como agente de cambio social, entre otras). Sin embargo, debe ser cuidadosamente revisada a fin se evite cualquier extralimitación de sus facultades y con ello, no solo la vulneración de otros derechos sino también menoscabar principios democrático constitucionales. De esta forma, su participación debe ser debidamente controlada y observando cuanto más se pueda el cuerpo constitucional y social de cada país, pues recordemos que no existe marco legal vigente que avale dicha intervención. Lastimosamente, la doctrina referida a los límites referidos a su intervención es incipiente y sin perjuicio de ello, es finalmente el propio juez constitucional quien delinea su espacio de actuación dependiendo de cada contexto jurídico social. De ahí que el tema deba ser revisado con mayor profundidad por la doctrina (que bien hizo en definir algunos alcances del actuar del Tribunal Constitucional) y ampliado por la jurisprudencia.

Octava. El rol que desempeña la Corte Suprema de los Estados Unidos en cuanto a políticas públicas depende del análisis de cada caso en concreto, estimando su pertinencia en la concurrencia de requisitos que demuestran la presencia de la doctrina cuestiones políticas (observados en las sentencias de los casos *Marbury v. Madison* del año 1870, *Baker v. Carr* del año 1962 y *Zivotofsky v. Clinton* del año 2012), absteniéndose de pronunciarse aun cuando derechos fundamentales estén comprometidos.

Diferente así, es observar la actuación de la Corte Constitucional de Colombia (como se ha dilucidado en las sentencias T-595 de 2002 y T-025 de 2004) que realiza un rol mucho más activo, en el sentido que su intervención responde a la concepción que tienen sus jueces respecto a la importancia de la labor que desempeñan para la implementación de la Constitución mediante una interpretación amplia de los derechos de acuerdo a su propio modelo de Estado. En este entendido su Corte ha desarrollado a través de su jurisprudencia indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas y requisitos mínimos de racionalidad de las políticas públicas levantándose un auténtico enfoque de derechos en las políticas públicas promovido por su Corte.

Séptima. El rol del Tribunal Constitucional en materia de políticas públicas aún no se ha definido mediante una línea jurisprudencial. Siendo comprobado a través del análisis de **i)** la sentencia caso Ley Universitaria al erigirse como un “ente constitucional activo” por cuanto fundamenta su participación en la búsqueda de la defensa de derechos fundamentales en aras de la supremacía constitucional a través del enfoque de derechos en las mismas – *entre otros fundamentos como la desconfianza en el quehacer estatal, el rol integrador del Tribunal, la constitucionalización de la política* –; y **ii)** las sentencias en materia de política de salud contenidas en los Expedientes N° 03228-2012-AA y N° 00033-2010-PI, mismas que detentan una posición más alejada en cuanto a la intervención que debe tener en materia de políticas públicas. Y es que en el caso de la política de salud limita su propia participación a momentos en los que **i)** los responsables **dejen** de cumplir con obligaciones de materialización del derecho a la salud y **ii)** Nunca pretenda fijar el contenido de las políticas públicas (pues no es parte de su competencia determinar el curso de la política pública ni exigir resultados de la misma), sino únicamente examinar si las autoridades políticas han desatendido dichas obligaciones mediante el control del accionar de las mismas de cara al análisis de los criterios de constitucionalidad esbozados en la sentencia del expediente N° 00033-2010-PI.

PROPUESTA DE MEJORA

Como bien ya se ha mencionado, es innegable la amenaza o eventual vulneración a los cimientos del Estado Constitucional de Derecho, así como al principio de separación de poderes si de manera irrestricta se considera la posibilidad de legitimar un mecanismo que autorice a los jueces constitucionales a controlar decisiones políticas y que en el caso en concreto recaen en las políticas públicas. En este sentido, como ya se ha evidenciado, en nuestra práctica jurisprudencial – *carente de respaldo argumentativo y doctrinal asentado* – no se ha consolidado una participación activa o pasiva en cuanto a su intervención. Indicado lo anterior, es menester del presente trabajo de investigación plantear propuestas de mejora orientadas a superar el punto indicado. Siendo esto:

1. Tomar como premisa básica que la participación del juez constitucional en materia de políticas públicas mediante el control constitucional debe ser la excepción a la regla general, en el que, el motivo por el que se fundamente tal intromisión sea una grave vulneración o amenaza a derechos fundamentales o cuando peligre la supremacía de la Constitución. Pues, como bien ya hemos explicado, este espacio está reservado – *constitucionalmente* – a actores especiales.
2. Encontrar el límite a su participación a aquellos casos en los que únicamente se dedique a verificar la constitucionalidad en el marco normativo de una política pública (dicho sea de paso) ya existente. Es decir, nunca orientar su participación a la creación o planificación de políticas públicas sino únicamente – *dentro de lo previsto por sus facultades constitucionales*– **controlar** si la disposición está impregnada de constitucionalidad u **orientar** si es que consideran adecuado otros canales por los que puede ejecutarse eficazmente el desarrollo del derecho o de la normativa constitucional que contempla la política pública.
3. Bajo lo indicado anteriormente, determinar cuál debe ser el espacio materia de control u orientación. ¿Por qué? Porque si bien es cierto este control u orientación puede recaer en la observancia de consideraciones regulativas o normativas de las políticas públicas, habrá casos en los que dicha observancia involucrará un

análisis en la toma de decisiones y acciones adoptadas por el actor tradicional (Poder Ejecutivo) – *como ejemplo señalamos el presupuesto que fue asignado, el plazo de ejecución, entre otros*. Creemos que cuando suceda lo segundo, la intervención del juez constitucional debe ser cuestionada con mayor rigurosidad, cuya orientándose recaiga en el alejamiento en cuanto al pronunciamiento – aplicando como lo hace la Suprema Corte de los Estados Unidos, la doctrina de las cuestiones políticas.

4. Procurar crear legítimos parámetros de control constitucional de las políticas públicas – *como hemos observado en el caso de la Corte Constitucional de Colombia* –. Mismos que busquen asegurar que las políticas públicas se constituyan en una herramienta para la realización de los derechos humanos de las personas para las que se diseñan e implementan.
5. En concordancia con el punto 1, observar todos los escenarios posibles para que de preferencia no exista una intervención grosera. En esta línea de ideas, un primer paso antes de la intervención constitucional por parte de nuestro Tribunal Constitucional y que – *dicho sea de paso* – sí estaría dentro de las prerrogativas que contempla nuestra Constitución sería definir el contenido del derecho y las obligaciones del Estado (como bien lo ha ido delimitando a través de su jurisprudencia). Y es que, si queremos la presencia de un verdadero enfoque de derechos en nuestras políticas públicas, una *condition sine qua non* sería determinar cuál es el núcleo duro de cada uno de los derechos fundamentales. Como se pretende demostrar en la presente investigación, lo que se pretende es una armonía entre la participación de los jueces constitucionales dentro del enfoque de los derechos de las políticas públicas y el respeto por la institucionalidad, separación de poderes y Estado de Derecho Constitucional.

BIBLIOGRAFÍA

ABRAMOVICH, Víctor; AÑÓN ROIG, María José; y COURTIS, Christian. *Derechos sociales: instrucciones de uso*. Editorial Fontamara. México. 2006

ÁVILA SANTAMARÍA, RAMIRO. *Del Estado legal de Derecho al Estado constitucional de derechos y justicia*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México D.F. Disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/3900-3454-1-PB.pdf>

AÑÓN, MARÍA JOSÉ. (2015) *Derechos Fundamentales y Estado Constitucional*. Universidad de Valencia. Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/28213972_Derechos_fundamentales_y_Estado_constitucional

BECHARA LLANOS, ABRAHAM. 2011. *Estado Constitucional de Derecho, principios y derechos fundamentales en Robert Alexy*. Saber, ciencia y libertad. Disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-EstadoConstitucionalDeDerechoPrincipiosYDerechosFu-5109406.pdf>

BERNALES BALLESTEROS, ENRIQUE. *Las políticas públicas desde la perspectiva de los derechos humanos. Librocolectivo: El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas*. Comisión Andina de Juristas. Lima. 2004

Bertalanffy, Ludwig. *Teoría General de Sistemas*. CIME. Disponible en: http://www.cime.cl/archivos/ILI260/4958_tgsbertalanffy.pdf

BONILLA, DANIEL. *Constitutionalism in the Global South*. Nueva York: Cambridge University Press. 2013

BOBBIO, NORBERTO. *Teoría General de la Política*. Trotta. Madrid. 2003.

BOBBIO, NORBERTO. *El futuro de la democracia*. Fondo de Cultura Económica. México. 2001.

CAMARILLO, JESÚS. *Regla de la mayoría y democracia constitucional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México DF. Disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/1212-4733-1-PB.pdf>

COMANDUCCI, PAOLO. *Estado constitucional de Derecho y democracia*. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Comanducci..pdf>

COLE, JARED. (2014). *The Political Question Doctrine: Justiciability and the Separation of Powers*. Congressional Reserach Service of the United States of America. Disponible: <https://fas.org/sgp/crs/misc/R43834.pdf>

D'ELIA, YOLANDA. *Estrategia de promoción de la calidad de vida. La construcción de políticas públicas por la calidad de vida desde una perspectiva de derecho y equidad*. Caracas. 2002. Disponible en: <https://library.fes.de/pdf-files/bueros/caracas/03824.pdf>

DÍ Alfonso Santiago. *Los modelos institucionales de la Corte Suprema. Función política de la Corte Suprema*. Aboco. Buenos Aires. 2000.

DÍAZ, ELÍAS. *Estado de Derecho y sociedad democrática*. Cuadernos para el Diálogo. Madrid. 1975.

DÍAZ REVORIO, F. JAVIER. *Valores superiores e interpretación constitucional*. CEC. Madrid: 1997

GARCIA LOPEZ, Roberto y GARCIA MORENO, Mauricio. *La gestión para resultados en el desarrollo. Avances y desafíos en América Latina y el Caribe*. Banco Interamericano de Desarrollo. 2010. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Downloads/La-gesti%C3%B3n-para-resultados-en-el-desarrollo-Avances-y-desaf%C3%ADos-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>

GARCÍA PELAYO, MANUEL. (1981) *El “status” del Tribunal Constitucional*. Revista Española de Derecho Constitucional. Vol. I, N° 1. Madrid.

García Toma, Víctor (2016). *La jurisdicción constitucional. El modelo peruano. Congreso de la República del Perú*. Congreso del Perú. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/Docs/DGP/CCEP/files/cursos/2016/files/materiales-le.pdf>

GASTÓN MORALES, GERARDO. *Conflictos entre política y Derecho. Un análisis de la doctrina de las cuestiones políticas no justiciables y su incompatibilidad con el control de constitucionalidad* Tesis para optar el título profesional de Abogado. Córdova. Universidad Empresarial Siglo XXI. Facultad de Derecho. 2009

GIMÉNEZ MERCADO, CLAUDIA Y VALENTE ADARME, XAVIER. (2010) *El enfoque de los derechos humanos en las políticas públicas: Ideas para un debate en ciernes*. Vol. 27, N° 74. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/el-enfoque-de-los-derechos-humanos-en-las-politicas-publicas-ideas-para-un-debate-en-ciernes.pdf>

GONZÁLES ALONSO, BENJAMÍN. *Del Estado absoluto al Estado constitucional*. Universidad de Salamanca. Salamanca. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/Manuscripts/article/viewFile/23111/92359>

GÜENDEL, LUDWING. (2002) *Políticas públicas y derechos humanos*. Revista de Ciencias Sociales, Vol. III, N.º 97, San José de Costa Rica.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2016.

FERRAJOLI, L. *Derecho y Dolor: La crisis del paradigma constitucional*, en “El Canon Neoconstitucional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.

FERRAJOLI, L. *Derechos y Razón. Teoría del garantismo penal*. Trotta. Madrid. 2009.

Fondo de Población de las Naciones Unidas- UNFPA 2006. *Población, desigualdad y políticas públicas: un diálogo político estratégico*, Caracas. Disponible en: <https://www.unfpa.org/sites/default/files/admin-resource/Venezuela-Poblacion-desigualdad-y-politicas-publicas.pdf>

HENAO PÉREZ, JUAN CARLOS. (2013) *El juez constitucional: Un actor de las políticas públicas*. Revista de Economía Institucional. Vol. 15. N.º 29. Disponible em: <https://www.economiainstitucional.com/esp/vinculos/pdf/No29/jhenao29.pdf>

HIRSCHL, RAN. *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge MA: Harvard University Press. Oxford University Press. 2007.

MARTINEZ, Rubí y SOTO REYES, Ernesto. (2012) *El Consenso de Washington: La instauración de las políticas neoliberales en América Latina*. Política y Cultura. Vol. I. N° 37. Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf>

MEDELLÍN TORRES, PEDRO. *La política de las políticas públicas: Propuesta teórica y metodológica para el estudio de las políticas públicas en países de frágil institucionalidad*. Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL). Santiago de Chile. 2004.

MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS. Informe de Actualización de Proyecciones Macroeconómicas 2018-2021. Disponible en: https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/IAPM_2018_2021.pdf

Ministerio del Interior del Gobierno de Chile. Guía metodológica para la formulación de políticas públicas regionales – 2009. Disponible en: <https://www.goredelosrios.cl/cultura2/wp-content/uploads/2016/02/Gu%C3%ADa-Metodol%C3%B3gica-para-la-Formulaci%C3%B3n-de-Pol%C3%ADticas-Publicas-Regionales-SUBDERE.pdf>

MORALES, JUAN PABLO. *Democracia sustancial: sus elementos y conflictos en la práctica*. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Quito. 2009

MULLER, Pierre. *Las políticas públicas. Administración y Desarrollo*. Universidad Externado de Colombia. Santa Fe de Bogotá, 2002.

PISARELLO, GERARDO. *Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: Del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva*. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004.

PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta. Madrid. 2003.

PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Ley, principios, derechos*. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Editorial Dykinson. Madrid. 1998.

LAHERA, Eugenio. *Introducción a las políticas públicas*. Fondo de Cultura Económica. Chile. 2004

LANDA, CÉSAR. (2006) *Tribunal Constitucional y Poder Judicial: Una perspectiva desde el Derecho Constitucional*. Levin College of Law Disponible en: https://www.law.ufl.edu/_pdf/academics/centers/cgr/7th_conference/Tribunal_Const_y_Poder_Judicial.pdf

LLINÁS RESTREPO, CAMILA Y CURREA MONCADA, DANIEL. (2018) *Judicializarion of Politics: Judicial Reviiew and democratic principles in conflicto*. Universidad de Bogotá. Vol I. N° 18. Disponible en: <https://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/10271870/1.+Judicializaci%C3%B3n+de+la+pol%C3%ADtica.pdf/5c0ce352-3412-4534-adb5-18dad5896768>

LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución*. Ariel. Barcelona. 1976.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos – OACDH (2006). Preguntas frecuentes sobre el enfoque de derechos humanos en la cooperación para el desarrollo. Disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FAQsp.pdf>

KU YANASUPO, LILY. *La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de políticas públicas*. Tesis para optar el grado de maestría en Derecho Constitucional. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado. Maestría en Derecho Constitucional. 2013

RAMÍREZ HUAROTO, BEATRIZ. *El “Estado de Cosas Inconstitucional” y sus posibilidades como herramienta para el litigio estratégico de Derecho Público. Una mirada a la jurisprudencia colombiana y peruana*. Tesis para optar el grado de maestría en Derecho Constitucional. Lima. Pontificia Universidad Católica del Perú. Escuela de Posgrado. Maestría Derecho Constitucional.

RAMOS, CARLOS. *La letra de la Ley. Historia de las constituciones en el Perú*. Centro de Estudios Constitucionales del Tribunal Constitucional del Perú. Lima. 2018.

RÍOS-FIGUEROA, JULIO. *Institutions for Constitutional Justice in Latin America*. Cambridge University Press. Nueva York: Cambridge University Press. 2011.

RODRÍGUEZ CELY, ANGÉLICA. (2015) *Indicadores de constitucionalidad de las políticas públicas: enfoque de gestión de derechos. Constitutionality indicators of public policies: approach of rights management*. Revista Virtual Via Inveniendi et Iudicand. Vol. 9. N° 2. Disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/6132886.pdf>

RODRÍGUEZ, GARAVITO, PÉREZ MURCIA, LUIS EDUARDO Y UPRIMNY YEPES, RODRIGO. (2007) *Los derechos sociales en serio: hacia un diálogo entre derechos y políticas públicas*. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad. Bogotá. Diponible en: https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2008/08/fi_name_recurso.1631.pdf

QUINCHE RAMÍREZ, MANUEL Y RIVERA RUGELES, JUAN CAMILO (2010). *El control judicial de las políticas públicas como instrumento de inclusión de los derechos humanos*. Vniversitas. Vol. I. N° 121. Disponible en: [file:///C:/Users/User/Downloads/14424-Texto%20del%20art%C3%ADculo-51397-1-10-20151102%20\(6\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/14424-Texto%20del%20art%C3%ADculo-51397-1-10-20151102%20(6).pdf)

SAGUES, NESTOR. *La revisión de las cuestiones políticas no justiciables (a propósito de la coalición contra Saddam Hussein)*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima. Disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/1917-7452-1-PB.pdf>

SAGUES, NÉSTOR. *Los tribunales constitucionales como agente de cambios sociales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México DF. Disponible en: <file:///C:/Users/User/Downloads/3981-3523-1-PB.pdf> Página 529

SANTIAGO JUÁREZ, MARIO. *Igualdad y acciones afirmativas*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. México. 2007.

PRIETO SANCHÍS, LUIS. *Justicia constitucional y derechos fundamentales*. Trotta. Madrid. 2003.

SUMARIA BENAVENTE, OMAR Y VASALLO EFFTHA, KARLA SOFÍA. *Un nuevo actor político: La participación de los Tribunales Constitucionales en la Elaboración de las políticas públicas*. Derecho y Sociedad 40. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Disponible

en:

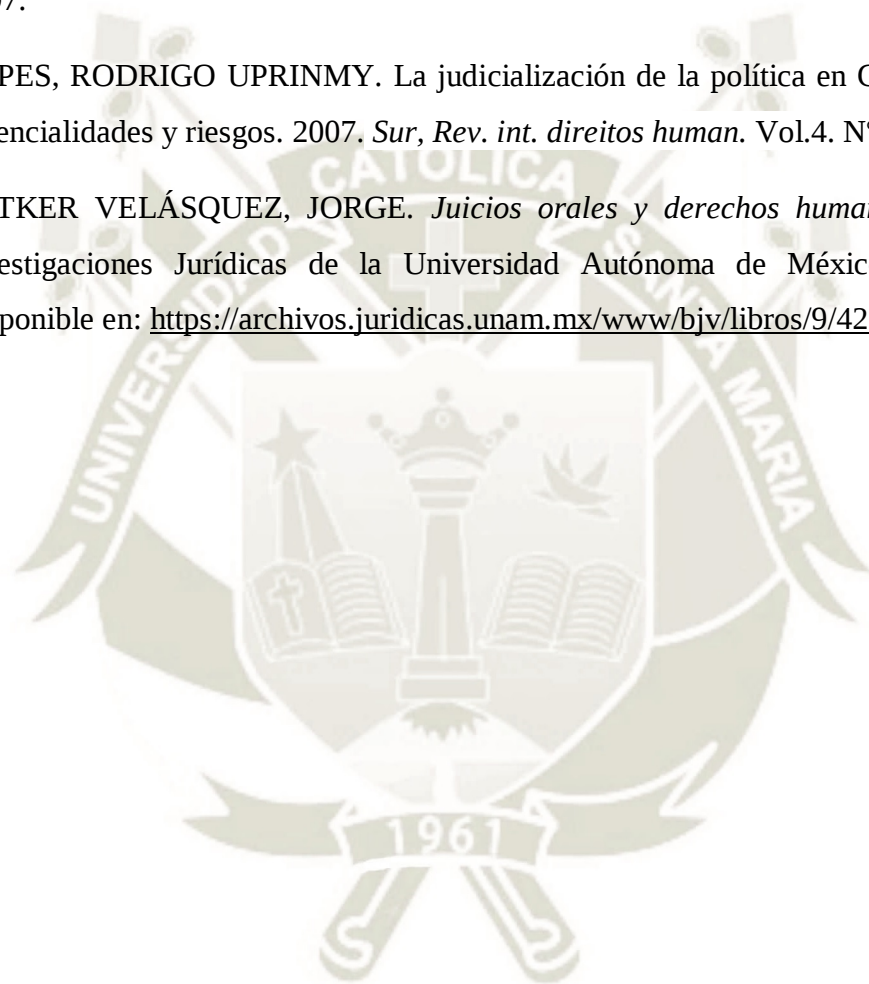
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/12794/13351>

Stone Sweet, Alec. *Governing with Judges. Constitucional Politics in Europe*, Oxford University Press. 2000

TAMAYO, MANUEL. *La Nueva Administración Pública*. Alianza Universidad. Madrid. 1997.

YEPES, RODRIGO UPRINMY. La judicialización de la política en Colombia: Casos, potencialidades y riesgos. 2007. *Sur, Rev. int. direitos human*. Vol.4. N° 6

WITKER VELÁSQUEZ, JORGE. *Juicios orales y derechos humanos*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México. México D.F. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4262/6.pdf>



JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-595 de 2002 de fecha 01 de agosto de 2002. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-724 de 2003 de fecha 20 de agosto de 2003. Magistrado Ponente Jaime Araujo Rentería

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-025 de 2004 de fecha 22 de enero de 2004. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-760 de 2008 de fecha 31 de julio de 2008. Magistrado Ponente Manuel José Cepeda Espinosa

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-113/09 de fecha 20 de febrero de 2009. Magistrado Clara Elena Reales Gutiérrez

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-135/09 de fecha 25 de febrero de 2009. Magistrado Ponente Humberto Antonio Sierra Porto

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia SU-913/09 de fecha 11 de diciembre de 2009. Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-252/10 de 2010 de fecha 16 de abril de 2010. Magistrado Ponente Jorge Iván Palacio Palacio

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-216/11 de 2011 de fecha 29 de marzo de 2011. Magistrado Ponente Juan Carlos Henao Pérez

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia T-077/13 de 2013 de fecha 14 de febrero de 2013. Magistrado Ponente Alexei Julio Estrada

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto Marbury v. Madison. 5 U.S. 137 (1870)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto Warth v. Seldin, 422 U.S. 490, 498 (1875)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *Mendez. v. Westminster*. 161 F2d 774 (1946)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *Baker vs. Carr*, 369 U.S., 186, 82 S.Ct, 7 (1962).

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *Powell v. McCormack*, 395 U.S. 486 (1969)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *Kleindienst v. Mandel*, 408 U.S. 753 (1972)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *United States v. Nixon*. 418 U.S. 683 (1974)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *Sosa v. Alvarez-Machain*, 542 U.S. 692 (2004)

CORTE DE APELACIONES DE LOS ESTADOS UNIDOS, DISTRITO DE COLUMBIA, asunto *El-Shifa Pharmaceutical Industries Company and Salah El Din Ahmed Mohammed Idris v. United States of America*. Nombre de la decisión: Orden. (2009)

CORTE DEL DISTRITO DE COLOMBIA, ESTADOS UNIDOS. *Nasser Al-Aulaqi v. Barack H. Obama, Robert M. Gates y Leon E. Panetta*. Nombre de la decisión: Memorandum (2010)

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LOS ESTADOS UNIDOS, asunto *Zivotofsky v. Clinton*. 566 U.S. 189 (2012)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERU. Sentencia en el Expediente N° 1429-2002-HC/TC de fecha 19 de noviembre de 2002

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 01176-2004-AA de fecha 17 de junio de 2004

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 00091-2005-PA/TC de fecha 18 de febrero de 2005

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 04232-2004-PA/TC de fecha 03 de marzo de 2005

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 00850-2008-AA/TC de fecha 24 de setiembre de 2008

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 00033-2007-AI/TC de fecha 13 de febrero de 2009

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 01817-2009-HC/TC de fecha 07 de octubre de 2009

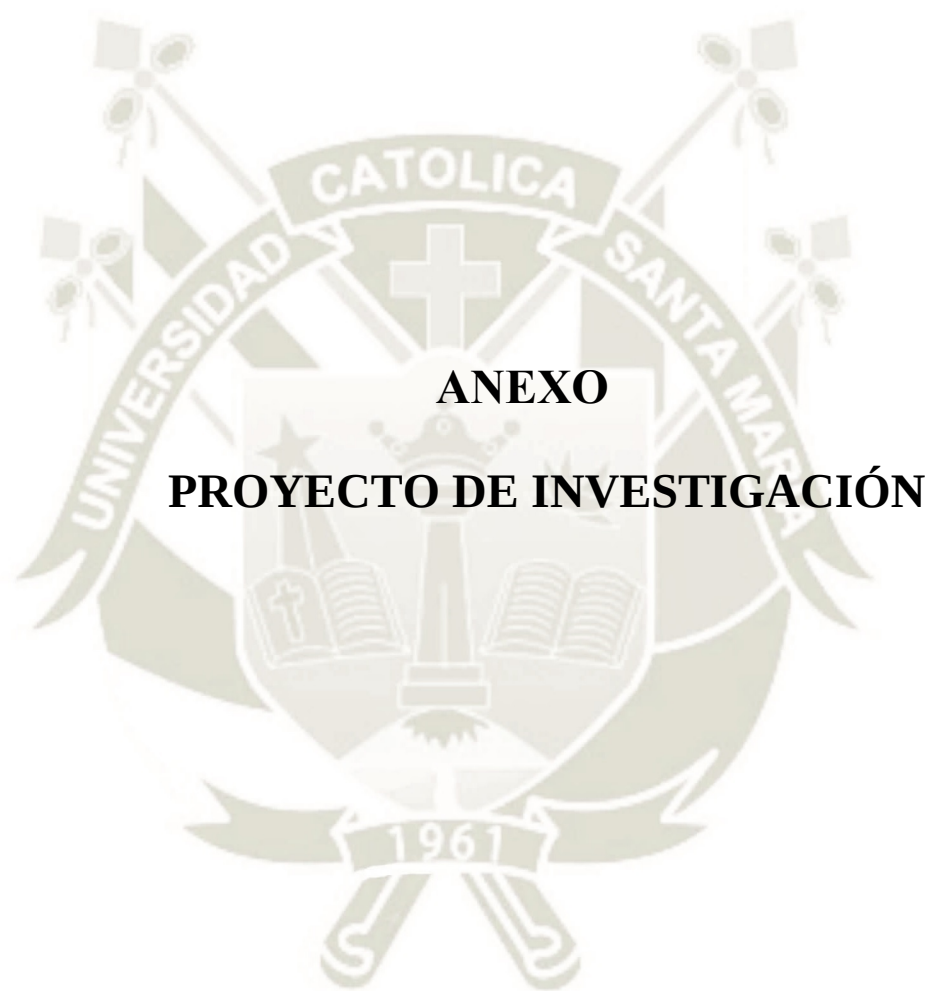
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 0033-2010-PI/TC de fecha 10 de abril de 2012

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 02500-2011-AA/TC de fecha 19 de abril de 2012

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 03333-2012-AA/TC de fecha 30 de enero de 2014

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N° 0014-2014-P1/TC, 0016-2014-PI/TC, 0019-2014-P1/TC y 0007-2015-PI/TC de fecha 10 de noviembre de 2015

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ. Sentencia en el Expediente N 03228 2012-PA/TC de fecha 10 de mayo de 2016



Universidad Católica de Santa María

Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas

Escuela Profesional de Derecho



**“LA INTERVENCION DEL CONTROL CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE
POLITICAS PÚBLICAS COMO GARANTÍA EFICAZ PARA EL
RECONOCIMIENTO DE DERECHOS FUNDAMENTALES. PERU 2000-2019”**

Proyecto de Tesis presentada por la
Bachiller:

Aguirre Gallegos Vanessa Fiorella

Para optar por el Título Profesional de:
Abogada

Asesor

Mg. Manrique Linares Ángel María

Arequipa – Perú

2019

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La realidad material que sirve como fundamento a la existencia del Derecho obliga a cuestionar y replantear sus propios paradigmas, siendo que el impulso para la conservación o transformación de la misma sean las condiciones que se viven en cada país. En ese entendido, la necesidad de dar un vistazo de manera integral a las herramientas que nos proporciona el marco del Estado de Derecho – *ya en camino hacia el Estado Constitucional de Derecho*–, la división de poderes que lo caracteriza (además de las funciones propias de cada poder) y la colaboración armónica entre ellos, deviene en indispensable para que pueda ser revisada y repensada, utilizándose en favor de los sectores que más requieren de una actuación oportuna y pronta por parte del Estado.

En esta línea de ideas, uno de los principales instrumentos para intervenir en la realidad, identificando y solucionando problemas sociales por parte de los poderes públicos¹²⁴, son las denominadas “*políticas públicas*”; entendiéndolas, en principio, como el conjunto de objetivos, decisiones y acciones llevadas a cabo por los encargados de los poderes públicos en coordinación con actores privados y/o sociales para solucionar los problemas que, en un momento determinado, considere prioritarios. De esta forma, las “*políticas públicas*” representan la posibilidad más real para transformar el país y llevar desarrollo a millones de personas; y es que, para su adecuado ejercicio, es indispensable tener en cuenta el fortalecimiento y desarrollo de capacidades institucionales y profesionales en todo el territorio del país.

Lastimosamente, la presencia de un alto déficit de implementación (*omisión al momento de definir la necesidad de crear, continuar o modificar una política pública*) o una adecuada actuación por parte de los encargados públicos clásicos¹²⁵, además de la concepción tradicional que recubre de prioridad al ámbito de la teoría económica y de la administración pública para el análisis respectivo de las políticas públicas, no sólo le ha significado al país que no se logre superar los grandes males que aquejan a nuestra

¹²⁴ Cuando se hace referencia a los “poderes públicos” o “poderes públicos clásicos”, debe entenderse por aquellos, a los legitimados a encargarse del proceso de políticas públicas. En el contexto nacional, según el artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo – Ley N° 29158, se establece que es el Poder Ejecutivo quien tiene la competencia exclusiva de “diseñar y supervisar las políticas nacionales y sectoriales, las cuales son de cumplimiento obligatorio por todas las entidades del Estado en todos los niveles de gobierno”.

¹²⁵ Ídem.

sociedad, sino que también se sesgue el enfoque en lo jurídico, específicamente el ámbito constitucional, *(aun cuando la doctrina sugiere un enfoque de derechos dentro de la dimensión jurídica de las mismas)*, impidiendo así también, que los derechos fundamentales sean tomados en cuenta para el desarrollo del proceso de las políticas públicas y con ello su eventual reconocimiento, desarrollo y garantía a favor de los sectores más prontos de atención.

Por todo ello, es menester de la presente investigación dilucidar, en un primer momento, la existencia de una relación armónica entre los derechos fundamentales y las políticas públicas – *pues no debe olvidarse que en la práctica ninguno de los dos discursos se encuentra vinculados*. Para luego, avocarnos a determinar si es que a la luz de los nuevos paradigmas del Estado Constitucional de Derecho y la Modernización del Estado esta conciliación entre ambos conceptos puede ser razón válida para que el control constitucional a través del Tribunal Constitucional Peruano – *en principio imposibilitado por no estar dentro de sus funciones de acuerdo al principio de separación de poderes en el marco del Estado de Derecho* – pueda actuar como actor o encargado público en el proceso de políticas públicas, convirtiéndose así en una herramienta útil para el reconocimiento de derechos fundamentales a favor de la sociedad. Todo ello, aplicando jurisprudencia del derecho comparado y nacional.

Arequipa, marzo de 2019

INTERROGANTES Y OBJETIVOS DE LA INVESTIGACIÓN

1. INTERROGANTES BÁSICAS

- 1.1 ¿El juez constitucional debe ser considerado como actor público en el proceso de políticas públicas?
- 1.2 ¿Puede existir una relación armónica entre las políticas públicas y los derechos fundamentales?
- 1.3 ¿Reconoce la jurisprudencia nacional (Tribunal Constitucional Peruano) e internacional (en los países de Colombia, Argentina y Estados Unidos) a los derechos fundamentales como parte de las políticas públicas?
- 1.4 De darse la intervención constitucional en las políticas públicas ¿Qué aspectos negativos abarcaría? ¿Debería existir algún control sustantivo?

2. OBJETIVOS

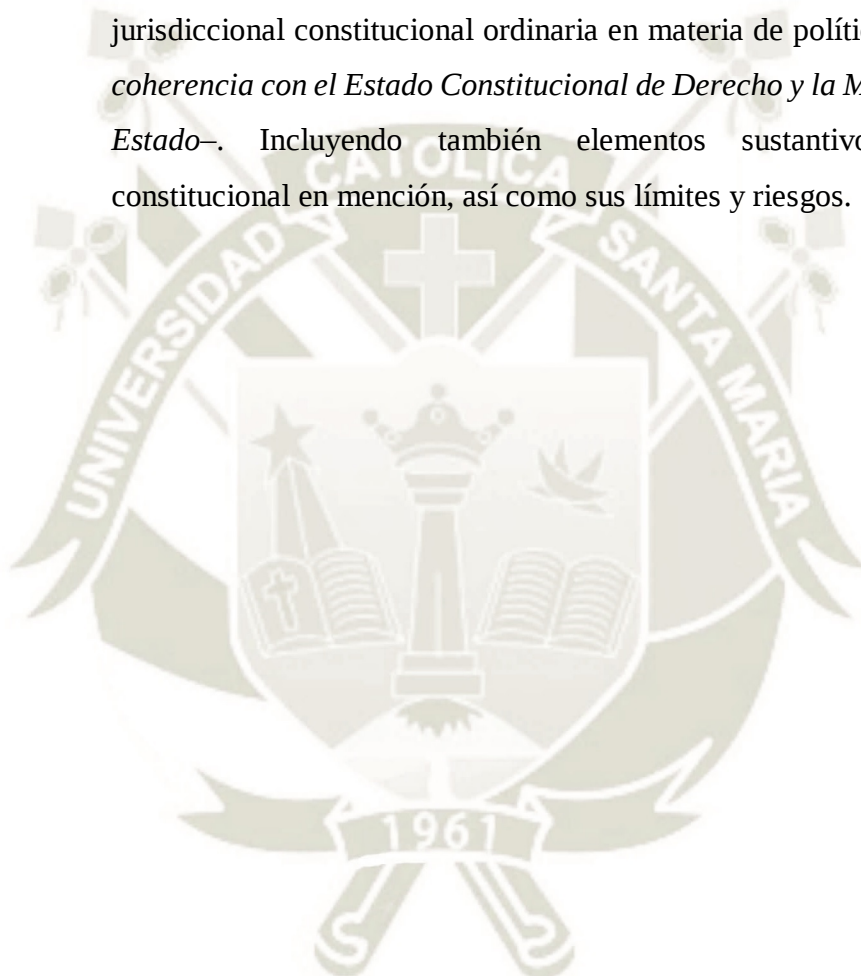
General

Determinar si la intervención del juez constitucional en materia de políticas públicas es una herramienta útil y válida para el reconocimiento de derechos fundamentales dentro del contexto nacional.

Específicos

- Determinar, dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho y la Modernización del Estado, aspectos teóricos relacionados a **i)** la importancia del reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales y **ii)** las políticas públicas propiamente dichas; identificando así, a partir de las consideraciones que se obtengan de los dos conceptos señalados al inicio del presente párrafo, su posible vinculación (*derechos fundamentales y políticas públicas*).

- Efectuar un análisis jurisprudencial nacional (*Tribunal Constitucional Peruano*) y comparado (*Cortes Constitucionales de los países de Colombia, Argentina y Estados Unidos*) respecto de aquellas sentencias que han jugado un rol en materia de las políticas públicas para la protección de los derechos fundamentales.
- Crear un argumento sólido respecto a la posibilidad de la intervención jurisdiccional constitucional ordinaria en materia de políticas públicas – *en coherencia con el Estado Constitucional de Derecho y la Modernización del Estado*—. Incluyendo también elementos sustantivos del control constitucional en mención, así como sus límites y riesgos.



JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

Tal y como ha referido el Centro Nacional de Planeamiento Estratégico, nuestro país no sólo enfrenta una creciente brecha entre las demandas y expectativas sociales y la capacidad de los organismos públicos para satisfacerlas¹²⁶; sino que, también un desfase económico que ha colocado al país en una “*fase de recuperación*” luego de haber sufrido una desaceleración económica – *especialmente entre los años 2014 y 2017*¹²⁷. Lastimosamente, esto ha creado una “presión” proveniente de la desproporción clara y preocupante entre lo que exige la población y lo que efectivamente puede otorgar el Estado. Aunado a ello, el bajo desempeño del Estado en las acciones que ha venido realizando se refleja en la poca confianza de la población y los bajos niveles de satisfacción ciudadana¹²⁸ y los altos niveles de conflictividad social¹²⁹ que afectan la gobernabilidad democrática¹³⁰. Y es que, si no hay un despertar por parte de aquellos que se encuentran legitimados a hacerlo, esto puede ser una *bomba de tiempo*.

Es así que, desde hace algún tiempo se viene considerando a los jueces como actores políticos, y las Cortes y Tribunales Constitucionales como instituciones relevantes que pueden influir en las políticas públicas. Sin embargo, pese a esta consideración, no se ha precisado el grado ni el efecto de esta intervención de los mismos, ni mucho menos si es que debe discurrir en cada una de las etapas del ciclo de las políticas públicas o solo en alguna de ellas, creando un vacío en cuanto a la definición de la participación, relevancia, forma y efectos que tienen las decisiones de estos órganos en cada una de las etapas del ciclo de las políticas públicas. Conviene entonces, definir esta participación activa del Juez Constitucional a partir de una comparación de su tratamiento en países vecinos en el

¹²⁶ GARCIA LOPEZ, Roberto y GARCIA MORENO, Mauricio. La gestión para resultados en el desarrollo. Avances y desafíos en América Latina y el Caribe. Banco Interamericano de Desarrollo. 2010. pp ix

¹²⁷ Ministerio de Economía y Finanzas. Informe de Actualización de Proyecciones Macroeconómicas 2018-2021. Recuperado de: https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/IAPM_2018_2021.pdf

¹²⁸ Según la Base de Datos en Línea de la Corporación Latinobarómetro registrada para el año 2017, el 63.3% de la población no aprueba las acciones realizadas por el gobierno. Véase en: <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>

¹²⁹ Según el Reporte de Conflictos Sociales N° 176 de la Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo, son 199 conflictos sociales los que se dan cuenta de su existencia. Véase en: <https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-176-October-2018.pdf>

¹³⁰ Según la Base de Datos en Línea de la Corporación Latinobarómetro en su Informe del año 2018, el apoyo a la democracia por parte de la población en el país ha descendido 2 puntos del 2017 al 2018, pasando del 45% al 43%. Cabe resaltar que el porcentaje registrado en el 2018, es el porcentaje más bajo en las últimas dos décadas. Véase en: file:///C:/Users/User/Downloads/INFORME_2018_LATINOBAROMETRO.pdf

proceso de las políticas públicas, para así dilucidar la pertinencia y legalidad en la intervención; y con ello ir abriendo puertas de solución y no de mayor conflicto. Adecuarse a las exigencias del presente y pensar en el futuro deseado permite tener las metas y prioridades claras, establecer objetivos, desarrollar escenarios alternativos sobre aquello que viene e investigar la influencia de distintos agentes en la construcción del futuro. Más aun cuando el alcance de la interacción y del impacto del ser humano sobre su entorno crece a pasos agigantados y la dinámica de los sistemas humanos es cada vez más veloz, así como sus metas y prioridades son más específicas y frecuentemente enunciadas y evaluadas¹³¹.

En este escenario, es imperativo desarrollar y fortalecer la acción pública a través de las herramientas que se tienen y se están comenzando a utilizar de manera integral; es decir buscando colaborar armoniosamente entre los distintos poderes y organismos autónomos del Estado, para que así exista un clima de mayor estabilidad política y crecimiento económico y social en nuestro país, tomando siempre en consideración las nuevas tendencias a nivel mundial y los cambios que se avizoran en países vecinos desde el ámbito que nos compete, y que es el jurídico. En esta línea de ideas, el proceso de políticas públicas – *al ser el instrumento por excelencia de cambio social* – debe ser reexaminado en cuanto a su aplicación hasta el día de hoy, al igual que el discurso de derechos fundamentales y su incorporación a toda actuación estatal. Sólo así, podremos dilucidar la posibilidad si es que a tenor de lo señalado pueden las cortes constitucionales intervenir como actores en materia de políticas públicas.

¹³¹ Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. Perú: Proyecciones económicas y sociales 2019. Recuperado de: <file:///C:/Users/User/Documents/UCSM/TESIS/Per%C3%BA-proyecciones-econ%C3%B3micas-y-sociales-CEPLAN.pdf>

CONCEPTOS BASICOS DEL PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1. **Estado Constitucional de Derecho:** El Estado Constitucional de Derecho es aquel modelo de organización que, a entender de Ferrer Mac-Gregor su “rasgo más significativo es la supremacía de la Constitución y el control de constitucionalidad de las leyes una de sus expresiones más destacadas”¹³². Para Kart Loewenstein, el Estado Constitucional de Derecho debe basarse en el principio de la distribución del poder; siendo que para su configuración “existe cuando varios e independientes detentadores del poder u organismos estatales participan en la formación de la voluntad estatal. Las funciones que les han sido asignadas están sometidas a un respectivo control a través de otros detentores del poder político está necesariamente controlado”¹³³. Y es que complementando lo anterior, este modelo de organización “atribuye a los derechos, el papel de ser la justificación más importante del Derecho y del Estado, y por tanto, desde esta perspectiva, el Estado no es sino un instrumento de tutela de los derechos fundamentales y como tal fundamento imponen fines y objetivos que deben ser realizados”¹³⁴.
2. **Estado moderno:** Aun cuando los aspectos teóricos del Estado Moderno son escasos, podemos identificar que el comienzo del mismo puede percibirse a partir de las recomendaciones del Consenso de Washington; instrumento que recomendaba a los países de América Latina – en un primer momento – procesos de reforma y modernización del Estado cuyo aspecto central se encontraba en la dimensión económica y en la racionalización del aparato administrativo¹³⁵. Sin embargo, hoy en día, “se está produciendo un cambio en la forma en que se concibe la reforma y modernización del Estado. De un enfoque que se limitaba a la dimensión económica y a la eficiencia del aparato estatal, se está pasando a otro que, sin descuidar los anteriores, incorpora nuevas preocupaciones. Entre ellas destacan el progreso de la democracia, el aumento de la capacidad de gobernar, la construcción de Estados de derecho pleno y el mejoramiento de la dimensión social del Estado que lo oriente

¹³² FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2016 pp 159

¹³³ LOEWENSTEIN, K. Teoría de la Constitución. Ariel. Barcelona. 1976 pp. 50

¹³⁴ FERRAJOLI, L. Derechos y Razón. Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid. 2009 pp 883

¹³⁵ MARTINEZ, Rubí y SOTO REYES, Ernesto. El Consenso de Washington: La instauración de las políticas neoliberales en América Latina. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf> (43,44)

hacia una mayor equidad”¹³⁶. En ese sentido, en la actualidad dentro de nuestro contexto nacional, el Estado Moderno, ha sido identificado como “aquel orientado al ciudadano, eficiente, unitario y descentralizado, inclusivo y abierto (transparente y que rinde cuentas)”¹³⁷, sin olvidar que el mismo responde a un proceso de transformación.

3. **Políticas Públicas:** La política pública ha sido definida como “un conjunto formado por uno o varios objetivos colectivos considerados como necesarios o deseables y por medios y acciones que son tratadas, por lo menos parcialmente, por una institución u organización gubernamental con la finalidad de orientar los comportamientos de actores individuales o colectivos para modificar una situación percibida como insatisfactoria o problemática”¹³⁸. Aunado a ello, Pierre Müller ha indicado que también pueden ser concebidas como “un proceso de mediación social, en la medida que el objeto de cada política pública es tomar a su cargo los desajustes que pueden ocurrir entre un sector y la sociedad global”¹³⁹ (2007). Y es que, tal y como señala Manuel Tamayo Sáenz, son “el conjunto de objetivos, decisiones y acciones que lleva a cabo un gobierno para solucionar los problemas que, en un momento determinado, los ciudadanos y hasta el propio gobierno consideren prioritarios”¹⁴⁰.
4. **Derechos fundamentales:** Los derechos fundamentales según Ferrajoli, son “aquellas expectativas o facultades de todos que definen las connotaciones sustanciales de la democracia y que están constitucionalmente sustraídas al arbitrio de las mayorías, como límites o vínculos insalvables de las decisiones de gobierno: derecho a la vida, derechos a la libertad, derechos sociales a la subsistencia, derecho a la salud, a la educación, a la conservación del ambiente y otros similares”¹⁴¹. En esta línea de ideas, tal y como converge Pisarello, los derechos fundamentales no son sino aquellos que permiten “maximizar la autonomía de las personas y minimizar el

¹³⁶ TORO QUINTANA, Gustavo. La Modernización del Estado. Recuperado de: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=f22950fe-02b1-eec2-22c3-6ff124d0fcbe&groupId=252038

¹³⁷ Decreto Supremo N° 004-2013-PCM. Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2012. Presidencia del Consejo de Ministros. Recuperado de: <http://sgp.pcm.gob.pe/wp-content/uploads/2017/04/PNMGP.pdf>

¹³⁸ MULLER, Pierre. Las políticas públicas. Administración y Desarrollo, Santa fe de Bogotá, 2002, pp 116-119

¹³⁹ TAMAYO, MANUEL. La Nueva Administración Pública. Madrid, Alianza Universidad, 1997, pp 2

¹⁴⁰ FERRAJOLI, L. Derecho y Dolor: La crisis del paradigma constitucional, en “El Canon Neoconstitucional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010, pp. 147 – 149.

¹⁴¹ FERRAJOLI, L. Derechos y Razón. Teoría del garantismo penal. Trotta. Madrid. 2009 pp 883 y 906

impacto de los poderes (públicos y privados) sobre sus vidas”¹⁴². Aunado a ello, podemos también indicar que, los derechos fundamentales “son así un contenido básico del orden jurídico, tanto en sentido formal como material, dado que son los estos derechos los que disponen límites materiales para los poderes públicos y privados y establecen, asimismo, los fines básicos a los que éstos deben orientarse”

143



¹⁴² PISARELLO, Gerardo. Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: Del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva. Tirant Lo Blanch. Valencia. 2004. pp 41

¹⁴³ AÑON, María José. Derechos Fundamentales y Estado Constitucional. Recuperado de: https://www.researchgate.net/publication/28213972_Derechos_fundamentales_y_Estado_constitucional

ANTECEDENTES INVESTIGATIVOS

Previa a la realización del presente proyecto, se buscó antecedentes investigativos vinculados al tema propuesto en el Registro Nacional de Trabajos de Investigación (RENATI) y el Concejo Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (CONCYTEC), además de bibliotecas locales. Obteniendo como resultado, la existencia de investigaciones que abordan el tema de “políticas públicas” pero que no realizan un análisis sobre el control judicial ordinario sobre las mismas, pudiendo citar y tomar de referencia las siguientes tesis:

1. Título: “Influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en las Políticas Públicas del Estado Peruano. Diciembre 1991- Marzo 2014”

Autor	Jenny Elizabeth Justo Callo
Fecha de publicación	11 de agosto de 2015
Disponible en	https://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/handle/UCSM/3635
Editorial	Universidad Católica de Santa María
Conclusiones	La autora como concluye que: “6. Se ha logrado determinar que mediante un adecuado enfoque en derechos humanos de las políticas públicas, los derechos humanos deben ser observados como metaderechos, exigibles mediante políticas necesarias para la realización programática y progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales; de tal forma que sea posible armonizar la justiciabilidad de reclamos particulares y concretos, con la exigibilidad de políticas estructurales claramente encaminadas a su realización, sin recurrir a la vía judicial, esto es asegurar un buen gobierno”. Además de: “7. Se ha determinado que la doctrina constitucional norteamericana fue una de las primeras corrientes en evidenciar el impacto de la jurisdicción en el ámbito de las políticas públicas, asimismo a nivel del derecho comparado, la Corte Colombiana es

	la que tiene mayor injerencia en el ámbito de las políticas públicas en su país, se remite a la realidad social para determinar si en esa realidad se encuentra operando una política pública y si es que se está ejecutando cabalmente desde la visión de protección de los derechos humanos, realiza requerimientos sobre su gobierno y asume la vigilancia del cumplimiento de la sentencia; asimismo, se ha determinado que el Tribunal Constitucional peruano ha influenciado en la implementación de políticas públicas, mediante la declaración en sus sentencias de la inconstitucionalidad por omisión y la declaración del estado de cosas inconstitucionales”.
--	---

2. Título: “La incidencia de la jurisprudencia constitucional en el ámbito de las políticas públicas”

Autor	Lily Ku Yanasupo
Fecha de publicación	29 de mayo de 2013
Disponible en	http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/4577
Editorial	Pontificia Universidad Católica del Perú
Conclusiones	La autora como concluye que: “19. La práctica jurisprudencial que ha tenido el Tribunal Constitucional peruano en el ámbito de las políticas públicas demuestra que la intervención del juez constitucional puede lograr tanto la modificación de los aspectos teóricos de la política (definición del problema), como la modificación de sus instrumentos de acción (diseño de la política). Lamentablemente, los estudios doctrinales respecto al desarrollo de la labor de los jueces constitucionales en el ámbito de las políticas públicas todavía son escasos, a pesar que existe una práctica frecuente que hace necesario -entre otros aspectos- el establecimiento de criterios que fijen los parámetros de actuación de los jueces en esta materia”.

HIPÓTESIS

Dado que:

El nuevo paradigma que plantea el Estado Constitucional de Derecho y la Modernización del Estado exige una conciliación expresa entre derechos fundamentales y las actuaciones públicas.

Es probable que:

La intervención del Juez Constitucional en materia de políticas públicas sea considerada una herramienta útil y válida para el reconocimiento de derechos fundamentales dentro del contexto nacional.

MARCO OPERATIVO

1. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS

1.1 TÉCNICAS

En concordancia con los objetivos propuestos, para la recolección de información se usará la técnica de investigación documental.

1.2 INSTRUMENTOS

De acuerdo con la técnica, los instrumentos serán:

- Fichas de Registro (biblioteca, hemeroteca, archivos, consultas en Internet)
- Fichas de Investigación:
 - Fichas resumen
 - Fichas bibliográficas
 - Documentos

BIBLIOGRAFÍA

1. Normas Legales e Instrumentos Internacionales

- Ley N° 29158. *Ley Orgánica del Poder Ejecutivo*
- Decreto Supremo N° 004-2013-PCM. *Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública al 2021.*
- Decreto Supremo N° 123-2018-PCM. *Reglamento del Sistema Administrativo de la Modernización de la Gestión Pública.*

2. Textos

- GARCIA LOPEZ, Roberto y GARCIA MORENO, Mauricio. *La gestión para resultados en el desarrollo. Avances y desafíos en América Latina y el Caribe.* Banco Interamericano de Desarrollo. 2010.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional.* Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Ed. Marcial Pons. Madrid. 2016.
- LOEWENSTEIN, K. *Teoría de la Constitución.* Ariel. Barcelona. 1976.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y Razón. Teoría del garantismo penal.* Trotta. Madrid. 2009.
- MULLER, Pierre. *Las políticas públicas. Administración y Desarrollo,* Santa fe de Bogotá, 2002.
- TAMAYO, MANUEL. *La Nueva Administración Pública.* Madrid, Alianza Universidad, 1997.
- FERRAJOLI, L. *Derecho y Dolor: La crisis del paradigma constitucional,* en “El Canon Neoconstitucional”, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2010.
- LAHERA, Eugenio. *Introducción a las políticas públicas.* Fondo de Cultura Económica. Chile. 2004

3. Jurisprudencia

3.1 Nacional

- Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 2945-2003-AA/TC del año 2003
- Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 2002-2006-PC/TC del año 2006
- Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 2005-2009-PA/TC del año 2009

3.2 Comparada

- United States Supreme Court. Plessy vs Ferguson del año 1896
- United States Supreme Court. Lochner vs New York del año 1905
- United States Supreme Court. Mendez vs Westminster del año 1947
- United States Supreme Court. Brown vs Board of Education del año 1954
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025/04 del año 2004
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-905/11 del año 2011
- Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina. “Mendoza, Beatriz Silvia y otros c/ Estado Nacional y otros s/ daños y perjuicios derivados de la contaminación ambiental del Río Matanza Riachuelo” del año 2006

4. Páginas web

- MARTINEZ, Rubí y SOTO REYES, Ernesto. El Consenso de Washington: La instauración de las políticas neoliberales en América Latina. Recuperado de: <http://www.scielo.org.mx/pdf/polcul/n37/n37a3.pdf> (43,44)
- TORO QUINTANA, Gustavo. *La Modernización del Estado*. Recuperado de: https://www.kas.de/c/document_library/get_file?uuid=f22950fe-02b1-eec2-22c3-6ff124d0fcbe&groupId=252038
- GIL RENDON, Raymundo. *El Estado Constitucional de Derecho y los derechos humanos*. Recuperado de:

[http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/estadoconstitucionalde
derechoylosderechoshumanos.pdf](http://cesmdfa.tfja.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/estadoconstitucionalde
derechoylosderechoshumanos.pdf)

- LANDA, César. *La constitucionalización del derecho peruano*. Recuperado de:
<file:///C:/Users/User/Downloads/8895-35247-1-PB.pdf>
- VALENCIA, Germán y Álvarez, Yohan. *La ciencia política y las políticas públicas: Notas para una reconstrucción histórica de su relación*. Recuperado de:
[file:///C:/Users/User/Downloads/La%20ciencia%20pol%C3%ADtica%20y%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/La%20ciencia%20pol%C3%ADtica%20y%20las%20pol%C3%ADticas%20p%C3%ABlicas%20(1).pdf)
- Informe de Actualización de Proyecciones Macroeconómicas 2018-2021. Ministerio de Economía y Finanzas. Recuperado de:
https://www.mef.gob.pe/contenidos/pol_econ/marco_macro/IAPM_2018_2021.pdf
- SERRANO VILLAFANE, Emilio. *Funciones del Derecho en la Sociedad Cambiante de nuestros días*. Recuperado de:
<file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-FuncionesDelDerechoEnLaSociedadCambianteDeNuestros-2065291.pdf>
- Centro Nacional de Planeamiento Estratégico. *Perú: Proyecciones económicas y sociales 2019*. Recuperado de:
<file:///C:/Users/User/Documents/UCSM/TESIS/Per%C3%BA-proyecciones-econ%C3%B3micas-y-sociales-CEPLAN.pdf>
- Base de Datos en Línea de la Corporación Latinobarómetro registrada para el año 2017. Recuperado de: <http://www.latinobarometro.org/latOnline.jsp>
- Adjuntía para la Prevención de Conflictos Sociales y la Gobernabilidad de la Defensoría del Pueblo. Reporte de Conflictos Sociales N° 176. Recuperado de:
<https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2018/11/Conflictos-Sociales-N%C2%B0-176-October-2018.pdf>